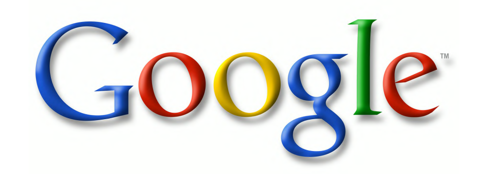


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

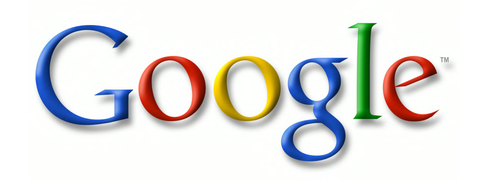
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

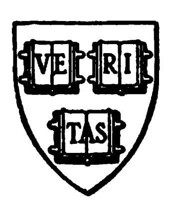
Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`





HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

BELGIUM

2239 108

COURS
DE
DROIT CIVIL
FRANÇAIS

COMPRENANT

L'EXPLICATION DES LOIS
QUI ONT MODIFIÉ LE CODE CIVIL EN FRANCE ET EN BELGIQUE,

PAR

E. R. N. ARNTZ,
PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES,
ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELGIQUE.

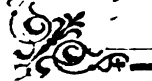
DEUXIÈME ÉDITION.

TOME DEUXIÈME

BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,
ÉDITEURS, RUE BLAES, 33.

PARIS.
A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1879



COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Les formalités voulues par la loi pour assurer la propriété de cet ouvrage ont été remplies.

Droits de traduction et de reproduction réservés.

Bruxelles. — Typ. Bruylant Christophe & Cie, rue Blaes, 33.

COURS

DE

DROIT CIVIL

FRANCAIS

COMPRENANT

L'EXPLICATION DES LOIS

QUI ONT MODIFIÉ LE CODE CIVIL EN FRANCE ET EN BELGIQUE

PAR



E. R. N. ARNTZ,

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES,

ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELGIQUE.

DEUXIÈME ÉDITION.

TOME DEUXIÈME.

BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,
ÉDITEURS, RUE BLAES, 33.

PARIS.
A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1879

Fr TX

A

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1229. Le premier livre du code traite des personnes; le second, des biens considérés en eux-mêmes et des droits que l'on peut avoir sur les biens. Le troisième livre s'occupe des manières dont on *acquiert la propriété*. On reproche à cet intitulé de n'être pas exact et de ne pas correspondre à ce que le livre contient. Cette critique est fondée pour deux motifs : d'abord parce qu'il n'y est pas seulement question des manières d'acquérir la *propriété*, mais aussi des manières d'acquérir tous les autres droits, soit *réels*, soit *personnels* (*suprà*, t. Ier, n° 896) ; ensuite parce que, parmi les actes juridiques dont il s'occupe, il y en a qui ne sont pas des *manières d'acquérir la propriété*, par exemple le louage, le dépôt, le mandat, etc. Mais il est vrai de dire que toutes les dispositions de ce livre se rapportent aux droits *patrimoniaux* (n° **844**), et que la plus grande partie d'entre elles ont trait à l'acquisition directe ou indirecte de la propriété.

1230. « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par

74716

succession, par *donation entre-vifs* ou *testamentaire* et par l'*effet des obligations;* elle s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription » (art. 711 et 712).

Cette énumération n'est pas complète, ainsi qu'il a été démontré *suprà* au n° 914.

Dans le second livre, nous avons déjà traité de l'*occupation* (nos 915-916), de l'*invention* (nos 917-920), des *diverses espèces d'accession* et de la *perception des fruits de la chose d'autrui* (nos 921-964). Les principes généraux sur l'acquisition de la propriété par l'*effet des conventions* sont exposés au t. III; la *prescription* et l'*usucapion* forment le dernier titre du code (Voy. au t. IV).

Les *successions* font l'objet du titre Ier; les *donations*, celui du titre II du présent livre.

TITRE PREMIER.

DES SUCCESSIONS.

INTRODUCTION.

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LES SUCCESSIONS.

A. *Définitions*.

1231. Le *patrimoine* d'une personne, c'est l'ensemble de ses droits et de ses obligations, ou l'*universalité juridique* de ses biens. On appelle *succession* ou *hérédité*, ou d'un nom plus ancien, *hoirie* (ces termes sont synonymes, témoin les articles 137, 1696, 1697), le patrimoine qu'une personne laisse après son décès. Ce patrimoine ne comprend donc pas les droits qui s'éteignent avec la personne, n'importe pour quel motif, par exemple l'action en réclamation d'état, si le défunt n'a pas réclamé, le droit de retour, l'usufruit, la rente viagère, etc. (art. 328-330, 352, 617, 625, 1981, 1982).

Mais on désigne aussi par le nom de *succession* la *transmission* même du patrimoine d'une personne décédée à une personne

survivante, ou le droit en vertu duquel la personne survivante recueille le patrimoine du défunt. C'est dans ce dernier sens que la loi dit que « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession » (article 711). « *Hœreditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit,* » dit le fr. 62, D., *De regulis juris*, 50, 17. C'est aussi en ce sens que Chabot de l'Allier dit : « La succession est la manière dont les biens, les droits, les dettes et les charges des personnes qui meurent passent à d'autres personnes qui entrent en leur place. » (Rapport au Tribunat, n° 5, Locré, X, 214).

Les personnes qui ont le droit de recueillir la *totalité* ou une *quote-part* (indivise) d'une hérédité sont appelées *successeurs universels* ou *successeurs à titre universel*, ce mot pris en sens général. Le terme *successeur* est générique et comprend diverses espèces.

1232. On peut être appelé à une hérédité soit par la *loi*, soit par la *volonté du défunt*. Dans le premier cas, la succession est appelée *légitime* ou *ab intestat ;* dans le second, *testamentaire*. Exceptionnellement, la loi permet aussi la transmission d'une succession en vertu d'une *convention* stipulée dans un contrat de mariage, — elle est *contractuelle*.

Le nom d'*héritiers* est spécialement donné aux *parents légitimes* du défunt que la loi appelle à sa succession, soit en tout, soit en partie. Les autres personnes auxquelles la loi défère dans certains cas la succession, et qui ne sont pas parents légitimes du défunt, sont nommés ses *successeurs irréguliers :* ce sont l'enfant naturel, les père et mère de l'enfant naturel, le conjoint survivant et l'État.

Ceux à qui la succession est transmise par la volonté du défunt sont appelés *légataires universels* ou *légataires à titre universel*, quelquefois aussi *héritiers* institués (art. 1002, 1037), et ceux qui la recueillent en vertu d'un contrat de mariage, *donataires universels* ou *à titre universel*.

B. *La succession est-elle fondée en droit naturel ?*

1233. La commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII (voy. n° 3) dit, dans son discours préliminaire au projet de code civil :

« Le droit de succéder a-t-il sa base dans la loi naturelle, ou simplement dans les lois positives? De la solution de ce grand problème dépend le système que l'on doit établir. »

Les auteurs du code ont jugé cette question digne d'un examen sérieux; nous suivrons leur exemple.

Elle a reçu les solutions les plus opposées par les philosophes, et la grande diversité des législations positives en cette matière fournit un argument de plus au scepticisme. Tandis que nous pouvons constater, dans toutes les législations civilisées, une certaine homogénéité de principes dans les institutions civiles et sociales les plus importantes, par exemple dans le droit de la famille, la propriété, les conventions et les obligations; nous rencontrons la plus grande divergence dans les systèmes de successions qui ont régné ou qui règnent encore chez les différentes nations, divergence qui témoigne d'une absence d'idées universellement admises dans cette partie du droit. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, d'après presque toutes les coutumes d'origine germanique, l'époux survivant recueille une partie des biens de son conjoint prédécédé, de préférence à tous ses parents, même descendants; le code civil ne l'appelle à la succession de son conjoint que lorsque celui-ci n'a pas laissé de parents jusqu'au douzième degré. D'après le droit romain, le plus proche ascendant du défunt, qui n'a laissé ni descendants, ni frères ni sœurs germains, ni descendants d'eux, succède seul et exclut tous les parents plus éloignés, ascendants ou autres de l'autre ligne; d'après le code civil, si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession se divise en deux lignes, paternelle et maternelle, et l'ascendant même le plus proche d'une ligne, par exemple le père ou la mère, doit partager la succession de son enfant avec les parents collatéraux, même jusqu'au *douzième* degré de l'autre ligne. Le droit romain et le code civil défendent de faire des conventions sur une succession future; le droit germanique et beaucoup d'anciennes coutumes permettent les pactes successoraux, et ce genre de conventions est et était très-usité dans les pays régis par cette législation; il était anciennement très-fréquent dans les maisons souveraines. D'après le droit romain, le droit anglais, le droit américain et les coutumes germaniques, les substitutions fidéicommissaires

sont permises à des degrés même éloignés; le code civil les prohibe d'une manière générale (art: 896) et ne les admet qu'exceptionnellement et avec la charge de rendre au premier degré seulement (art. 1048 et suiv.). D'après le code, la quotité de biens dont peut disposer celui qui laisse des descendants ou ascendants est très-restreinte (art. 913, 915); le droit anglais et le droit américain ne reconnaissent pas d'héritiers à réserve, et toute personne peut disposer de la totalité de ses biens en faveur de qui il lui plaît, qu'elle ait des enfants ou non.

1234. Parmi les auteurs qui se sont occupés de cette question, ceux du XVIIe siècle et leurs partisans du XVIIIe, tels que Hugo Grotius, Puffendorf, Barbeyrac, Wolf, admettent le droit de *tester* comme une conséquence de la liberté de disposer de sa propriété. Le propriétaire, disent-ils, peut aliéner purement et simplement, ou sous une condition, d'une manière révocable ou irrévocable, sous réserve de l'usufruit ou de la possession; la disposition testamentaire contient une aliénation révocable pour le cas de mort, sous réserve de la possession et de l'usufruit durant la vie. Ils admettent la succession *ab intestat* comme étant le testament tacite ou la *volonté présumée* du défunt. Kant nie qu'il y ait une succession *ab intestat* d'après le droit naturel, et il fonde la succession testamentaire sur la volonté du testateur de donner les biens à une personne déterminée, et sur la volonté de l'institué d'accepter cette disposition. Pendant l'intervalle entre la mort du testateur et l'acceptation par l'institué, la succession n'est pas *res nullius*, mais une *res vacua* ou *jacens*, qui attend son propriétaire, et que l'institué a reçu du défunt le droit exclusif d'accepter.

D'après d'autres écrivains, par exemple Fichte, Gros, Haus, aucune espèce de succession n'est *fondée sur le droit naturel*, mais la succession n'est pas non plus contraire au droit naturel; elle peut donc s'établir par le *contrat social* (école des socialistes), c'est-à-dire par une convention de tous les membres de l'État conclue dans l'intérêt de la paix publique ou par la loi. Selon eux, les biens laissés par une personne défunte sont à la rigueur *res nullius* et appartiennent au *premier occupant*. Mais tous les membres de l'État sont censés avoir renoncé à la faculté d'acquérir par occupation les biens d'un défunt, afin d'en laisser la libre disposition au propriétaire, tant pendant sa vie que pour le temps

où il ne sera plus. Cette volonté peut être expresse ou tacite. En l'absence d'une volonté exprimée, la loi règle la succession d'après la *volonté présumée* du défunt.

Ces idées étaient aussi celles des principaux jurisconsultes qui ont concouru à la rédaction du code civil. Dans le discours préliminaire au projet du code civil, Portalis, qui en était le rédacteur, après avoir énoncé que le droit de propriété en soi est une *institution directe de la nature,* continue : « Mais le droit de propriété finit avec la vie du propriétaire; conséquemment, après la mort du propriétaire, que deviendront ses *biens rendus vacants par son décès?*

« Le bon sens, la raison, le bien public ne permettent pas qu'ils soient abandonnés; il y a de puissants motifs de convenance et d'équité de les laisser à la famille du propriétaire; mais à parler exactement, *aucun membre de cette famille ne peut les réclamer à titre rigoureux de propriété.* »

Après avoir établi que l'*État* ne doit pas succéder aux biens des particuliers, mais qu'il doit seulement intervenir dans toutes les questions qui concernent l'ordre et le partage des successions, l'auteur conclut ainsi :

« Il est nécessaire qu'un tel ordre existe, comme il est nécessaire qu'il y ait des lois. Le droit de succéder en général est donc d'*institution sociale;* mais tout ce qui regarde le mode du partage dans les successions n'est que de droit politique et civil. » (Discours préliminaire, p. L-LI.)

Chabot (de l'Allier) dans son Rapport fait au Tribunat, dans la séance du 26 germinal an XI (16 avril 1803), n° 3, professe la même théorie en ces termes :

« La société civile est la seule source de la propriété, etc.

« Mais si l'homme, dans l'état de nature, n'avait pas le droit de propriété, il ne pouvait le transmettre lorsqu'il mourait; car on ne peut transmettre, on ne peut donner ce qu'on n'a pas.

« La transmission des biens par succession n'est donc pas du droit naturel, mais du droit civil. » (Locré, X, 213.)

Et la même thèse est soutenue par Siméon, orateur du Tribunat, dans son discours au Corps législatif, prononcé dans la séance du 29 germinal an XI (19 avril 1803), n° 8 :

« Aussitôt que nous mourons », dit-il, « tous les liens qui

tenaient nos propriétés dans notre dépendance se rompent; la loi seule peut les renouer. Sans elle, les biens destitués de leurs maîtres *seraient au premier occupant*. Chaque décès ramènerait l'incertitude et les désordres que l'état social a fait cesser. La *succession* est donc une institution civile, par laquelle la loi transmet à un propriétaire nouveau et désigné d'avance la chose que vient de perdre son propriétaire précédent. » (Locré, X, 279-280.)

Plusieurs auteurs allemands du XIXe siècle admettent que la succession est fondée en droit naturel, comme une conséquence nécessaire des liens de la famille. Quelques auteurs considèrent le patrimoine comme une propriété commune de la famille, et l'ouverture de la succession comme l'entrée en possession par les membres de la famille dans un patrimoine qui était déjà commun. (Hegel, *Philosophie du droit*, § 178; Ahrens, *Cours de droit naturel*, 5e édition, p. 471.) Ce dernier, tout en admettant l'idée de la copropriété de la famille (p. 471), établit ainsi les principes qui se rapportent à la fois aux deux espèces de successions :

« Le but du droit est de fournir les conditions pour le développement de l'homme dans tous ses rapports, pour la satisfaction de tous ses besoins spirituels et physiques, pour l'accomplissement de tous ses devoirs. Parmi ces rapports se distinguent ceux de la famille. La nature a doué tous les hommes de sentiments de respect, de gratitude, d'amour envers leurs parents et leurs descendants, et a établi entre eux des devoirs réciproques.

« Ces rapports affectifs et moraux, fondés dans la nature humaine, doivent, par cela même, être reconnus et protégés par le droit. Or, la succession testamentaire et *ab intestat* est une condition nécessaire à la conservation des affections de famille et à l'accomplissement des devoirs qu'elle impose. »

En ce qui concerne spécialement le droit de *tester*, le même auteur le considère comme une émanation du droit de personnalité. Il rejette comme erronée la thèse, exprimée d'une manière absolue, que la volonté de l'homme ne peut avoir d'effet après sa mort.

« De même que l'activité affective, morale ou physique de tout homme, dans quelque sphère subordonnée qu'il ait vécu », dit-il, « s'étend sans contredit par ses effets au delà de la tombe, de même il n'y a pas de raison sociale qui s'oppose en droit à ce

que la volonté du testateur, statuant pendant sa vie, en connaissance de cause, sur certains objets pour le cas de mort, sans violer le principe de la justice, reçoive son exécution. Le testateur peut donc disposer de sa propriété par des raisons d'affection comme par des motifs moraux d'aide, de bienfaisance ou d'utilité. » (Voy. p. 469-470.)

Stahl fonde également le droit de succession sur les liens de famille, et surtout sur les liens existant entre les père et mère et leurs enfants, dont il est une émanation nécessaire. (*Philosophie du droit*, §§ 90 et suiv.)

1235. Ainsi qu'on vient de le voir, les auteurs qui ont traité la matière qui nous occupe ont dirigé leur attention principalement, nous pourrions dire presque exclusivement, sur deux questions, savoir : 1° Y a-t-il une succession *ab intestat ?* c'est-à-dire existe-t-il des personnes auxquelles appartient le droit de prendre les biens du défunt de préférence à tous les autres ? 2° L'homme a-t-il le droit de disposer de ses biens pour le temps où il ne sera plus?

Mais il y a un point qu'ils ont laissé de côté, qui nous paraît le point culminant, dominant tous les autres et dont les autres questions ne sont que les corollaires ; c'est la question de savoir si, en droit naturel, la *personnalité juridique* ou le *patrimoine du défunt, pris comme universalité juridique* (l'*hæreditas in abstracto*), doit être continuée après son décès.

La continuation de la personnalité juridique du défunt, représentée par son patrimoine considéré comme un ensemble de droits actifs et passifs, n'est pas seulement *permise*, mais elle est *commandée* par le droit naturel. Cette règle, dont nous essayerons de démontrer philosophiquement la vérité, a reçu la sanction de l'histoire; elle a été admise toujours et par toutes les législations. Si, comme nous l'avons dit au n° 1233, les lois qui règlent la transmission des biens après décès varient infiniment en ce qui concerne l'ordre des successions, la capacité de l'héritier, la liberté de disposer par acte de dernière volonté, etc., elles s'accordent toutes à considérer le patrimoine du défunt comme un ensemble de droits actifs et passifs, comme une universalité juridique qui passe au successeur avec les obligations qui grevaient le défunt. Cette longue et respectable autorité de l'histoire

aurait dû faire hésiter ceux qui ont avancé trop légèrement que par la mort du propriétaire tous ses biens deviennent vacants et appartiennent au premier occupant.

1236. L'homme n'est pas un être isolé; il ne vit et ne peut vivre que dans la société; sa vie est liée à celle de ses semblables par de nombreux rapports. Il est sujet de droits et d'obligations, et cet ensemble de droits et d'obligations constitue sa *personnalité* ou son *être juridique*. L'existence de l'homme comme personne ou être juridique ne finit pas avec sa vie. Les actes de sa vie, comme être juridique, influent sur les droits et sur les intérêts matériels et moraux de ses semblables, et la liaison entre ses actes d'une part et les droits et les intérêts de ses semblables d'autre part subsiste après sa mort. Il peut avoir contracté des engagements qui ne sont pas encore exécutés lors de son décès. Toute obligation crée pour le débiteur la nécessité de l'exécuter, pour le créancier le droit d'en demander l'exécution. La mort ne libère pas le débiteur. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens ; la loi civile sanctionne ce précepte du droit naturel (code civil, art. 2092). Les biens que le défunt possédait et les droits qu'il avait acquis contre d'autres personnes sont grevés de ses obligations et en sont la garantie; les obligations en sont inséparables. Dire que les obligations de l'homme s'éteignent avec sa vie, ce serait porter atteinte aux droits et à la liberté des vivants, qui auraient un intérêt à l'accomplissement de ces mêmes obligations ; ce serait les priver des moyens qu'ils se seraient créés de satisfaire à leurs besoins matériels ou moraux. Enlever au patrimoine du défunt ses biens ou les déclarer *vacants* pour les livrer au premier occupant en laissant subsister ses obligations, ce serait rendre illusoires les droits de ses créanciers. Déclarer les obligations éteintes par la mort, ce serait rendre impossibles toutes ses transactions civiles dans la société ; l'humanité n'aurait pas de lendemain; elle vivrait au jour le jour comme les animaux. Tel achète et paye aujourd'hui une maison; avant la délivrance, le vendeur meurt; l'acheteur a perdu le prix, et la maison devient chose vacante! Tel prête aujourd'hui, l'emprunteur meurt demain ; la somme prêtée est perdue! Une société vivant sous l'empire de règles semblables ressemblerait à l'état de nature.

Il faut donc nécessairement laisser subsister après la mort de l'homme tous les droits comme toutes les obligations qui ne s'attachent pas exclusivement à sa personne; en un mot, sa personnalité juridique, comme s'il existait encore. Cette universalité ou cet ensemble de son patrimoine actif et passif constitue la *succession* ou la continuation de la personne du défunt. Tant que cette succession n'a encore été recueillie par personne; elle est vacante (*hæreditas jacens*) et représente le *défunt : hæreditas non* HÆREDIS *personam, sed* DEFUNCTI *sustinet,* dit le fr. 34, D., *De acquirendo rerum dominio,* 41, 1.

1237. La continuation de la personne juridique du défunt est incompatible avec la thèse consistant à dire que ses biens *deviennent vacants* après sa mort; mais elle n'est pas nécessairement en contradiction avec la doctrine qui attribue les successions à l'*État*. Car l'État, comme toute autre personne, et au même titre que toute autre personne, peut entrer dans le patrimoine actif et passif du défunt.

1238. La succession *in abstracto* est donc fondée en droit naturel. Mais qui doit la recueillir? Sera-ce l'État ou celui que la volonté du défunt a désigné, ou y a-t-il des personnes qui, pour des raisons spéciales d'équité, sont appelées à la recueillir de préférence à toutes les autres? Sur cette question, la voix de la rigoureuse raison se prononce moins impérieusement que sur la première. Rappelons ici une analogie que l'organisation du système des successions présente avec l'organisation de la propriété.

Plusieurs auteurs, pour réfuter la légitimité de l'institution de la propriété, se sont attaqués particulièrement aux différentes manières d'acquérir la propriété ; ils les ont analysées toutes, en démontrant qu'aucune n'est de nature à justifier le principe de la propriété individuelle. Mais c'est déplacer la question. Le principe de la légitimité de la propriété ne peut pas résulter des manières dont elle pourrait s'acquérir; mais *parce que le principe de la propriété en lui-même est juste, la loi doit l'organiser et déterminer les manières dont elle peut s'acquérir.*

Il en est de même de la succession. C'est *parce qu'elle est juste en principe* que la loi civile doit résoudre le problème de son organisation. D'après quelles règles?

1239. Et d'abord, le défunt peut-il lui-même désigner son successeur? En d'autres termes, la succession *testamentaire* est-elle fondée en droit naturel? Sans doute. La raison même le commande. Si la nécessité de la continuation de la personne juridique est établie en principe, qui a plus de droit, plus d'intérêt que le défunt lui-même à choisir le continuateur de sa personne? Son intérêt moral survit à l'homme; le culte de la mémoire est de tous les pays, de tous les siècles; les lois le sanctionnent en protégeant la mémoire des morts contre les outrages des vivants (code civil, art. 1047 ; code pénal belge de 1867, art. 450, alinéa 2), et en autorisant la révision des procès criminels pour réhabiliter la mémoire de la victime d'une erreur judiciaire (code d'instruct. crim., art. 447). Le défunt a un intérêt moral, un intérêt d'honneur à laisser une mémoire sans tache, à acquitter toutes ses dettes civiles ou naturelles, à réparer les injustices qu'il a pu commettre pendant sa vie, et que la mort l'a empêché d'effacer. C'est à lui-même qu'il faut laisser la désignation de la personne à qui il confie la continuation de son être juridique, et le choix des moyens par lesquels il croit devoir compléter son existence interrompue.

1240. Si le défunt n'a pas testé, force est à la loi de tester pour lui, afin que le précepte juridique qui commande la continuation de la personne juridique s'accomplisse. Elle doit organiser la succession *ab intestat*, selon la *volonté présumée* du défunt, en appelant à sa succession ceux qu'il y eût probablement appelés lui-même s'il en eût disposé. C'est ainsi que le droit romain et les auteurs du code envisagent la succession *ab intestat*.

Mais, indépendamment de la volonté présumée du défunt, y a-t-il des personnes qui ont un droit préférable à d'autres de recueillir la succession ?

Nous n'entrerons pas dans un examen approfondi de cette question; nous nous bornons à renvoyer aux *motifs d'équité* par lesquels les auteurs, même ceux qui n'admettent pas que la succession soit fondée en *droit* naturel, décident que la succession doit être déférée à la *famille* du défunt. Cette solution ne peut pas être mathématiquement prouvée par le *raisonnement*, c'est vrai. Mais la *raison* n'est pas la *seule* source de toutes les vérités

philosophiques. L'homme est aussi doué de sentiments instinctifs, qui ne se raisonnent et ne se discutent pas, et aucun raisonnement ne résiste à la force d'un sentiment instinctif et spontané. Le droit, qui a pour mission de réaliser dans le monde extérieur un ordre de choses qui garantisse à l'homme sa liberté et l'accomplissement de ses devoirs, doit être fondé essentiellement sur la *nature humaine*. Il y a au fond de la conscience humaine une voix qui s'élève pour le droit de la famille. Cette voix de la conscience humaine a dominé pendant des siècles, elle n'a rien perdu de sa force.

II. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1241. Nous ne pouvons ici qu'esquisser à grands traits les caractères des diverses législations dans lesquelles les auteurs du code ont puisé leurs matériaux ; chaque subdivision du titre des *Successions* sera précédée d'une introduction historique plus détaillée.

En cette matière, comme dans plusieurs autres, deux législations d'origine différente se sont partagé l'ancienne France, le droit *romain* et le droit *coutumier*, d'origine germanique.

A. *Du droit romain.*

1242. Les pays de droit écrit étaient régis par la législation romaine de Justinien, modifiée seulement en peu de points par l'influence du droit coutumier ou par la jurisprudence. Les idées fondamentales du droit romain étaient celles-ci :

Chacun est maître de ses biens ; il peut en disposer comme il veut, même pour le temps où il ne sera plus, sauf quelques restrictions qui ont été introduites plus tard au profit des enfants, auxquels il fallait laisser une partie des biens (la légitime). Ce principe était déjà énoncé dans la loi des XII Tables, en ces termes : « *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* » La volonté du testateur doit être respectée *avant tout* ; sa succession appartient à ceux qu'il a institués par un testament. A défaut de testament, la *loi* appelle les héritiers d'après la *volonté présumée* du défunt, et elle appelle ceux que le défunt lui-même aurait probablement appelés s'il eût fait un testament.

Il y avait *unité* du patrimoine. Le testateur ne pouvait tester d'une partie et ne pas tester d'une autre partie de son patrimoine : *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* (Fr. 50 D., *De regulis juris*, 50, 17.) La loi n'avait aucun égard à la nature ni à la provenance des biens pour en régler la transmission, laquelle était la même pour les meubles et pour les immeubles, la même pour les biens acquis par le défunt et pour ceux qu'il avait lui-même recueillis par succession. Le droit de Justinien ne connaît ni privilége de *primogéniture*, ni privilége de *masculinité*; il ne considère que le lien du sang et la proximité du degré ; il ne distingue pas entre les *agnats* et les *cognats*.

1243. La loi règle l'ordre de la succession (*ordo succedendi*) en divisant les héritiers en quatre classes, qui sont appelées dans l'ordre de l'énumération, et qu'un auteur allemand a résumées en ces quatre vers :

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus quoque filius ejus,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Les *descendants* du défunt, formant la première classe, succèdent en première ligne, à l'exclusion de tous les autres parents, et la représentation est admise à l'infini en leur faveur.

A défaut de descendants, ce sont les ascendants, les frères et sœurs germains et les *enfants*, mais seulement au *premier degré*, des frères et sœurs germains décédés, qui succèdent. Ils forment la deuxième classe et excluent les autres collatéraux ainsi que les frères et sœurs utérins et consanguins. Le droit en vertu duquel ces derniers étaient exclus était anciennement appelé le *privilége du double lien*, aboli par le code (art. 752).

Les frères et sœurs consanguins et utérins et les enfants au *premier* degré des frères et sœurs consanguins et utérins prédécédés forment la troisième ; tous les autres parents collatéraux, y compris les petits-enfants des frères et sœurs germains, consanguins et utérins, la quatrième classe.

Dans chaque classe, l'héritier le plus proche exclut le plus éloigné, et ceux qui se trouvent au même degré succèdent par

tête, sauf les effets de la représentation. (Voy. *Novelles* de Justinien, 118, 127.)

A défaut de parents, la succession est dévolue au conjoint survivant. Hors ce cas, l'époux survivant n'a aucun gain de survie, excepté la veuve pauvre et sans dot d'un mari *riche*, qui a droit à une portion de la succession de son mari, même lorsqu'elle est en concours avec des descendants. (Rivier, *Traité élémentaire des successions en droit romain*, § 26, p. 162-176.)

B. *Du droit coutumier*.

1244. Il faut remonter aux origines du droit *germanique* pour retrouver les principes du droit coutumier français.

L'idée germanique de la *copropriété solidaire* (*condominium in solidum*) de tous les membres de la famille en est le fondement. Les différents membres d'une même famille étaient considérés comme copropriétaires *in solidum* de tous les *immeubles* que chacun avait recueillis dans les successions de leurs parents communs. Ces biens étaient appelés *propres* (*bona paterna, avita*). Mais ce droit de propriété ne devenait efficace que par le décès de celui des membres de la famille auquel ces immeubles étaient échus à titre de succession, et ne le devenait qu'en faveur de ceux qui, d'après l'ordre légal des successions, étaient appelés à recueillir l'hérédité de ce dernier. La propriété était dormante (*dominium dormiens*) à l'égard des autres membres de la famille. Les biens devaient être conservés dans la famille.

Traçons rapidement les principales règles de l'ancien droit coutumier, dont quelques-unes sont une conséquence de ce principe.

1245. 1° Une première conséquence de ce principe était que les membres de la famille seuls, c'est-à-dire ceux qui étaient liés par le lien de la communauté du sang, étaient appelés *héritiers*. Le mot *heres* ou *herus*, en allemand *herr*, en bas allemand *heer*, veut dire *maître, propriétaire*. Quand même le défunt avait fait un *testament*, la personne instituée ne portait pas le nom d'*héritier*, mais celui de *légataire*; c'est là le sens des adages coutumiers : « *Institution d'héritier n'a point de lieu* » (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 304; *Coutume de Paris*, art. 299; *Coutume de Poitou*,

art. 272); et « *Il n'y a que Dieu qui puisse faire un héritier; Solus Deus hæredem facere potest, non homo,* » disait Glanville. Selon quelques auteurs, cette règle ne signifiait autre chose sinon que l'institution d'héritier n'était pas, comme en droit romain, *requise* pour la validité d'un testament. Mais elle avait incontestablement aussi le sens que nous venons d'indiquer. (Voy. Loysel, *loc. cit.*, n° 304 et la note d'Eusèbe De Laurière.)

La disposition testamentaire valait comme *legs* jusqu'à concurrence des biens dont le testateur pouvait disposer.

1246. 2° Une autre conséquence de la copropriété solidaire était que les héritiers devenaient ou plutôt *étaient* de plein droit *propriétaires* et *possesseurs* de l'hérédité, en vertu de la règle : *Le mort saisit le vif* (voy. *infrà*, n° 1267; Loysel, *Institutes coutumières*, n° 317); mais ils avaient la faculté de renoncer à la succession, en vertu de l'adage : *N'est héritier qui ne veut.* (Loysel, *loc. cit.*, n° 318; *Coutume de Paris*, n° 316.)

1247. 3° Il n'y avait pas *unité de patrimoine* comme dans l'hérédité romaine (voy. n° 1242). Pour la même succession, il y avait différents patrimoines et différents ordres d'héritiers, basés sur une double distinction des biens. A raison de leur *nature*, on les divisait en biens *nobles* et *roturiers*, en *meubles* et en *immeubles;* à raison de leur *origine*, en *propres* et *acquêts*, en biens *paternels* et *maternels*. La distinction des propres surtout avait une grande importance pour la conservation des biens dans la famille. Les coutumes ne permettaient de disposer des propres par testament que pour un quart, un tiers ou un cinquième (un quint). Chaque espèce de biens avait encore des subdivisions; celles des *propres* étaient les plus nombreuses; on en comptait jusqu'à neuf. (Voy. Dalloz, *Nouveau Répertoire*, v° *Succession*, n° 18; Chabot, Rapport au Tribunat, n° 25, Locré, p. 240-244.)

L'ordre légal de succession variait selon la nature des biens. « A Rome, un mourant ne laissait qu'une succession. Dans nos usages, nous connaissions presque autant de successions que de natures de biens. Un mourant laissait un héritier des meubles et des acquêts, un héritier des propres paternels, un héritier des propres maternels. La même personne pouvait quelquefois réunir toutes ces qualités; mais elles étaient souvent disséminées sur plusieurs têtes, qui pouvaient même n'être unies entre elles par

aucun lien de parenté », dit Treilhard. (Exposé des motifs, n° 11, Locré, p. 183.)

L'ordre de succession variait beaucoup dans les diverses coutumes, mais il portait généralement les caractères suivants : à défaut de descendants, les immeubles *propres*, c'est-à-dire ceux que le défunt avait lui-même recueillis à titre de succession, étaient dévolus aux parents collatéraux de la ligne et de la souche dont ces immeubles provenaient. Cette règle était exprimée par l'adage : *Paterna paternis, materna maternis*. Les ascendants ne succédaient jamais dans les biens propres : « *Les propres ne remontent point, mais retournent aux plus proches parents du côté dont ils sont venus au défunt : qui est ce qu'on dit*, PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS. » (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 332; *Coutume de Paris*, art. 312.)

Cette règle a son origine dans le droit féodal : « Le fief ne passait point originairement en la possession des femmes, incapables du service militaire. C'est par un motif semblable que les ascendants ne succédaient point aux fiefs : un aïeul, un grand-oncle, impropres par leur âge au service des armes, ne pouvaient convenir au seigneur pour ses vassaux, d'où cette règle de notre droit coutumier : *Propres ne remontent point* », dit Dalloz, *loc. cit.*, n° 14.

Du droit féodal la règle a passé dans les successions allodiales. Elle était appliquée avec tant de rigueur, que le fisc excluait les ascendants de la succession dans les propres des descendants. (E. De Laurière, note sur Loysel, n° 332.)

A défaut de descendants, la plupart des coutumes déféraient les meubles et les acquêts aux ascendants, la moitié à chaque ligne; quelques coutumes, aux frères et sœurs en concours avec eux; à défaut d'ascendants, ils passaient aux plus proches parents collatéraux.

Les biens *nobles* étaient dévolus en général à l'aîné des mâles, pour la majeure partie, et quelquefois même en totalité. Les immeubles *roturiers* se partageaient ordinairement par portions égales; certaines coutumes les soumettaient également au droit d'aînesse. (Dalloz, *loc. cit.*, n° 18.)

1248. 4° Dans beaucoup de coutumes, il y avait privilége de *masculinité* et privilége de *primogéniture*, ou seulement privilége

de *masculinité*. Ce dernier remonte à l'époque des Francs. On voulait que l'alleu ou le bien propre passât à celui qui pouvait le mieux le défendre. Le privilége de *primogéniture* est le résultat de l'influence de la féodalité. Il n'existait pas encore sous les rois francs, pas même pour la couronne; car les fils de Clovis et les fils de Louis le Débonnaire se sont *partagé* le royaume comme un patrimoine.

Chabot résume par quelques traits saisissants la diversité de l'ancienne législation sur ces matières.

« Les coutumes variaient à l'infini sur le droit d'aînesse et l'exclusion des filles.

« Les unes n'admettaient le droit d'aînesse qu'en ligne *directe*; les autres l'admettaient en ligne *collatérale*.

« Les unes n'accordaient qu'un préciput; les autres accordaient, en outre, une portion avantageuse.

« Les unes donnaient le préciput à la fille si elle était l'aînée des enfants; les autres l'attribuaient aux mâles, quoique puînés.

« Les unes distinguaient la *qualité des biens*, en introduisant des modes de partage différents pour les biens nobles et pour les biens en roture; les autres confondaient, à cet égard, les biens nobles et les biens roturiers.

« Les unes distinguaient la *qualité des personnes* et n'accordaient qu'aux nobles le droit d'aînesse; les autres l'accordaient aussi aux roturiers.

« Quant à l'*exclusion des filles*, il en était de même. D'après quelques coutumes, il suffisait, pour que la fille fût exclue, qu'elle eût été dotée ou par son père, ou par sa mère, ou par son aïeul ou aïeule; dans d'autres, il était nécessaire qu'elle fût dotée par le père; d'autres encore exigeaient qu'elle fût dotée par le père et par la mère, ou par le père du vivant de la mère.

« Ici, le père noble avait seul le droit d'exclure sa fille; là, le même droit appartenait au père roturier, à la mère et aux aïeuls.

« Telle coutume excluait de toutes successions collatérales les filles dotées; telle autre les admettait précisément aux successions collatérales.

« Dans presque toutes, la dot la plus modique suffisait pour les exclure.

« Suivant les coutumes d'Anjou, de la Touraine et du Maine,

la fille dotée d'un chapeau de roses ne pouvait rien demander de plus. » (Chabot, Rapport au Tribunat, n° 24, Locré, p. 236-238.)

1249. 5° Beaucoup de coutumes admettaient, sous des conditions et avec des effets différents, le *retrait lignager*, c'est-à-dire la faculté donnée aux parents du vendeur d'un immeuble d'obliger l'acheteur à le leur délaisser, en le remboursant et en l'indemnisant de tout ce que l'acquisition lui avait coûté. (Voy. Merlin, *Répertoire*, v° *Retrait lignager*.)

Cette institution jetait une grande incertitude sur le droit de propriété, en plaçant les acquisitions pendant quelque temps sous les effets de la condition résolutoire.

C. *Droit intermédiaire.*

1250. La législation intermédiaire porte l'empreinte des idées philosophiques du XVIIIe siècle et des idées politiques, sociales et économiques qui prédominaient pendant la révolution française. Elle a établi l'égalité des biens comme des personnes, aboli tous les priviléges de primogéniture et de masculinité, ainsi que la distinction des biens en biens nobles et roturiers, fiefs et alleux, propres et acquêts; et pour empêcher le retour indirect du privilége d'aînesse, elle a défendu de faire des substitutions fidéicommissaires, de renoncer à des successions non encore ouvertes, de conclure des pactes sur une succession future, et elle a restreint dans des limites très-étroites la faculté de disposer de ses biens par donation entre-vifs ou par acte de dernière volonté. Elle a beaucoup simplifié le partage des successions, par cela même qu'elle a rétabli l'unité du patrimoine en ne considérant plus ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession. Il fallait autrefois souvent de longues et ruineuses recherches pour découvrir de quel côté ou de quel individu venaient les propres; de nombreuses contestations s'élevaient sur la qualité de propres ou d'acquêts. Elle a déclaré la propriété immobilière libre et disponible comme la propriété romaine, et l'a dégagée de toutes les entraves qui pouvaient s'opposer à leur libre circulation, telles que les rentes, les charges réelles, les liens fidéicommissaires, le retrait lignager.

L'organisation démocratique de l'État exigeait une organisa-

tion plus démocratique de la propriété, c'est-à-dire le morcellement du sol ; et l'égalité des partages, la représentation à l'infini même en ligne collatérale, et la restriction de la quotité disponible devaient produire ce résultat.

1251. Les principales lois qui ont changé l'ancien droit sont :

Le décret des 15-18 mars 1790, abolissant les droits d'aînesse et de masculinité ;

Celui des 19-23 juillet 1790, abolissant le retrait lignager ;

Celui des 8-15 avril 1791, relatif au partage des successions *ab intestat*, lequel devait avoir désormais pour base la suppression de toute inégalité résultant, entre héritiers *ab intestat*, des qualités d'aîné ou de puîné, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières soit en ligne directe, soit en ligne collatérale. Le même décret admet les étrangers à recueillir des successions en France ;

Le décret du 18 vendémiaire an II (9 octobre 1793), qui admet les ci-devant religieux et religieuses au partage des successions à échoir ;

Le décret du 5 brumaire an II (26 octobre 1793), qui dispose, avec effet rétroactif, que les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 seront partagées également ;

Le décret du 12 brumaire an II (2 novembre 1793), qui déclare que les droits de successibilité des enfants nés hors mariage seront les mêmes que ceux des autres enfants, et que cette règle aura un effet rétroactif aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 ;

Le décret du 17 nivôse an II (6 janvier 1794), relatif aux donations et successions, qui donne à presque toutes ses dispositions un effet rétroactif jusqu'au 14 juillet 1789. Il abolit la différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission. C'était l'abolition de la distinction entre *propres* et *acquêts*.

Il établit la règle que la succession de toute personne décédée sans héritiers directs se partagera par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle, et il admet la représentation à l'infini en ligne collatérale, afin de morceler les propriétés autant que possible. Ce décret restreint considérablement le droit de disposer par donation entre-vifs ou par testament ;

Les décrets des 22 et 23 ventôse an II (12 et 13 mars 1794), portant qu'il n'y a pas lieu à délibérer sur diverses questions relatives au décret du 17 nivôse an II, et sur le mode d'exécution de ce décret;

Le décret du 9 fructidor an II (26 août 1794), sur diverses questions relatives aux donations, successions et substitutions;

Le changement qui s'était opéré dans les idées politiques du gouvernement et de la Convention nationale, quelque temps après le 9 thermidor an II, influa sur la législation en matière de succession;

Le décret du 5 floréal an III (24 avril 1795) suspendit d'abord toute action ou procédure commencée à l'occasion de l'effet rétroactif résultant de la loi du 17 nivôse an II sur les successions;

Le décret du 9 fructidor an III (26 août 1795) porte que les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II, concernant les divers modes de transmission des biens dans les familles, n'auront d'effet qu'à compter des époques de leur promulgation;

Le décret du 3 vendémiaire an IV (25 septembre 1795) abolit l'effet rétroactif des lois des 5 et 12 brumaire et du 17 nivôse an II, concernant les successions et donations et règle cette abolition;

La loi du 18 pluviôse an V (6 février 1797) décide plusieurs questions auxquelles les changements survenus dans les lois relatives aux successions avaient donné lieu.

La loi du 4 germinal an VIII (25 mars 1800) a étendu la quotité de biens dont on pourrait disposer par donation entre-vifs ou par acte de dernière volonté.

D. *Code civil.*

1252. Les auteurs du code civil se trouvaient en présence d'un amas de ruines et de matériaux neufs de toute espèce, dans lesquels ils devaient faire un triage pour ériger une œuvre de législation nouvelle qui fût juste et équitable, la plus simple possible, *uniforme* pour toute la France sans trop froisser des traditions séculaires. Ils proclamèrent en principe que toute personne avait le droit de disposer de ses biens pour le temps où elle ne serait plus, et que la loi sur les successions devrait être le *tes-*

tament présumé de toute personne qui décéderait sans avoir exprimé sa dernière volonté; que la loi devrait déférer les biens selon la *volonté présumée* du défunt, comme en droit romain. (Treilhard, Exposé de motifs, nos 1, 2, 8, 11, 12, 36 ; Chabot, Rapport au Tribunat, nos 12, 16, 19; Locré, X, 177, 178, 181, 184, 185, 202, 218, 222, 224.) Ils indiquèrent la nécessité de revenir à la simplicité du droit romain, et renvoyèrent *surtout* à l'étude de cette législation pour y puiser les grandes maximes qui renferment presque toutes les décisions ou qui les préparent. « C'est là », disait Treilhard, « qu'il faut chercher, pour se les rendre familières et propres, ces notions sûres et frappantes qu'on peut regarder comme autant d'oracles de la justice. »

Toutefois, les rédacteurs du code n'ont pas établi un système de succession fondé sur un principe bien arrêté et conséquent dans ses détails. Tout en donnant la préférence au droit romain, ils ont conservé une partie des principes du droit coutumier, et ils n'ont pas toujours été fidèles à la règle de distribuer les successions suivant la volonté ou l'affection présumée du défunt. Il y a dans ce titre, de même que dans le titre des *Donations et Testaments*, une certaine incohérence qui cause souvent de grandes difficultés à l'interprète, et qui provient de la combinaison de deux législations différentes. Nous y trouvons la reproduction de principes anciens, dont les conséquences n'ont pas été et ne peuvent plus être admises ; quelquefois le législateur a admis des conséquences d'anciens principes abandonnés ou modifiés.

La discussion de ce titre au conseil d'État a commencé le 25 frimaire et a été terminée le 5 ventôse an XI (du 16 décembre 1802 au 24 février 1803.)

L'Exposé des motifs a été fait par Treilhard, le Rapport au Tribunat par Chabot (de l'Allier), le même qui a plus tard publié les *Questions transitoires* et le *Commentaire sur la loi des successions* ; le discours au Corps législatif présentant le vœu d'adoption de la loi a été prononcé par Siméon, orateur du Tribunat.

Le titre des *Successions* a été décrété par le Corps législatif le 29 germinal et promulgué le 9 floréal an XI (19 et 29 avril 1803).

CHAPITRE PREMIER.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS.

I. DU MOMENT DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS.

A. *Règle.*

1253. Les successions s'ouvrent par la *mort* naturelle (article 718.) En **France** et en **Belgique**, la mort civile est abolie (voy. nos 129, 130).

Les successions ne s'ouvrent plus par l'absence, quelque prolongée qu'elle puisse être, parce qu'elle n'établit jamais une véritable présomption de mort (voy. nos 202, 245).

C'est le moment de la mort qui détermine quelles sont les personnes appelées à recueillir la succession ; c'est au moment de la mort que la capacité de l'héritier doit exister.

Suivant qu'une succession s'est ouverte à tel moment ou à tel autre, les personnes appelées à la recueillir peuvent être différentes; par exemple :

A a deux cousins germains qui sont ses héritiers présomptifs, Primus et Secundus ; Primus a des enfants ; il meurt le même jour que A. Si A est mort *avant* Primus, ce dernier aura transmis la succession à ses enfants; s'il est mort *après* Primus, Secundus sera son seul héritier, et les enfants de Primus seront exclus de sa succession.

Il est donc important de fixer le moment du décès.

B. *De la preuve du moment du décès.*

1. EN GÉNÉRAL.

1254. Le moment du décès peut être prouvé par tous les moyens de droit, donc par titres, par témoins et par des présomptions de l'homme (code civil, art. 1353), aucun moyen n'étant spécialement prescrit ni défendu; argument de l'art. 720.

Il est vrai que cet article, en disant que la présomption de survie est déterminée par les circonstances de fait, a en vue le cas où plusieurs personnes, respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans le même événement; mais rien ne s'oppose à ce que l'on étende ce moyen de preuve à tous les autres cas, parce qu'il est de *droit commun* et n'a pas un caractère exceptionnel (Demolombe, XIII, n° 98).

La mention du *moment* du décès qui peut se trouver dans un acte de l'état civil, n'est qu'une simple *énonciation* sans aucune force probante, parce que la loi ne prescrit pas que le moment de la mort soit mentionné dans l'acte de décès. Une semblable énonciation peut donc être énervée par une simple dénégation (Code civ., art. 79; voy *suprà*, n°s 153, 174).

2. SPÉCIALEMENT DES PRÉSOMPTIONS ÉTABLIES PAR LA LOI DANS LE CAS DE COMOURANTS (COMMORIENTES) (art. 720-722).

1255. Les jurisconsultes romains se sont déjà occupés des *commorientes* ou du cas où plusieurs personnes avaient péri dans le même événement, sans qu'on pût constater laquelle était décédée la première. (Fr. 9, §§ 1 et 4 ; fr. 22 et 23, D., *De rebus dubiis*, 34, 5.)

Les auteurs du code ont adopté leurs solutions, mais ils les ont beaucoup complétées en décidant des cas non prévus par les lois romaines.

Voici les règles établies par le code.

1256. 1° Si plusieurs personnes *respectivement appelées à la succession l'une de l'autre* périssent dans un même *événement*, par exemple un naufrage, un incendie, une bataille, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les *circonstances du fait*, et, à *leur défaut*, par la force de l'âge ou du sexe (art. 720, comparé avec l'art. 1353).

C'est donc *d'abord* par les circonstances du fait, c'est-à-dire par les circonstances particulières de l'événement qu'il faut décider, s'il est possible, la question de la survie; « les circonstances auront le premier rang dans cette discussion : car les faits sont au-dessus des présomptions, qui ne peuvent en être

que le supplément ». (Treilhard, Exposé de motifs, n° 5; discours de Siméon, orateur du Tribunat, n° 10, Locré, X, 180, 281); voy. aussi procès-verbal du conseil d'État du 25 frimaire an XI, (16 décembre 1802), n° 5, Locré, p. 67-68; Cass. fr., 24 avril 1874, D., 1874, 1, 356.) Le juge du fond apprécie souverainement ces circonstances.

Ainsi, par exemple, dans un incendie qui a éclaté la nuit, celui qui couchait dans l'appartement ou dans l'étage où le feu a pris, est présumé mort avant celui qui était dans un appartement plus éloigné ou dans un autre étage ; dans la bataille, le soldat qui était dans l'avant-garde doit être présumé tué avant celui qui était dans l'arrière-garde. (Pothier, *Traité des successions*, chapitre III, § 1.)

1257. 2· *A défaut* de circonstances du fait, ou, comme dit le fr. 22, D., *De rebus dubiis*, 34, 5, *cum explorari non possit uter prior extinctus sit*, on a recours aux présomptions de la loi, qui peuvent se caractériser ainsi : le plus fort, c'est-à-dire celui qui avait le plus de vigueur physique pour lutter contre la mort, est censé avoir survécu au plus faible ; et, à défaut d'éléments pour faire présumer une supériorité de forces, on suit l'ordre de la nature, c'est-à-dire que le plus jeune est censé avoir survécu au plus âgé.

D'après ces règles, la loi prévoit les cas suivants :

a. Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le *plus* âgé sera présumé avoir survécu, parce que, au-dessous de quinze ans, le plus âgé est ordinairement le plus fort.

b. S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le *moins* âgé sera présumé avoir survécu, parce que, après l'âge de soixante ans, les forces décroissent avec l'âge.

c. Si les uns avaient moins de quinze ans et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu (art. 721).

d. Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année.

e. S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit

être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé (art. 722).

1258. La loi n'a pas prévu le cas où l'une des personnes péries dans le même événement avait moins de quinze ans et l'autre plus de quinze, mais moins de soixante. On doit admettre que l'homme dans la force de l'âge, entre quinze et soixante ans, a survécu à l'enfant âgé de moins de quinze ans. Cela résulte de l'idée fondamentale sur laquelle reposent les articles 720 à 722. On peut s'étonner que le code n'ait pas prévu ce cas, décidé, dans le sens indiqué, par deux lois romaines, avec cette différence seulement qu'au lieu de supposer un enfant âgé de moins de *quinze* ans, elles supposent un enfant *impubère* (donc âgé de moins de quatorze ans, si c'est un garçon, et moins de douze ans, si c'est une fille) : *Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse; nisi contrarium approbetur.* (Fr. 9, § 4, D., *De rebus dubiis,* 34, 5). — *Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur.* (Fr. 23, *eod.*)

1259. Les dispositions qui précèdent ne peuvent s'appliquer au cas d'exécution de plusieurs personnes condamnées à mort. Si alors il y a impossibilité de constater le prédécès, le plus jeune des condamnés est présumé avoir survécu. (Voy. la loi du 20 prairial an IV (8 juin 1796), spécialement rendue pour ce cas.)

1260. Si les personnes mortes dans le même événement sont des jumeaux, celui qui est le premier sorti du sein de sa mère est réputé l'aîné, suivant le droit romain et l'ancienne jurisprudence. (Fr. 15, D., *De statu hominum,* I, 5, et fr. 10, § 1, D., *De rebus dubiis,* 34, 5.)

Il est rationnel de suivre cette règle encore aujourd'hui, bien que quelques naturalistes aient soutenu que celui qui *naît le dernier* a été *conçu le premier*, et est par conséquent l'aîné. Mais cette opinion est trop incertaine pour servir de base à une présomption légale. (Demolombe, XIII, n° 105.) Chabot est d'avis que, le code civil n'ayant rien disposé sur cette matière, les tribunaux ont le droit d'y statuer ainsi qu'ils le jugent convenable d'après les circonstances. (*Commentaire sur la loi des successions,* art. 722, n° 4.)

1261. Les présomptions établies par les articles 720 à 722 ne s'appliquent pas au cas où deux ou plusieurs personnes res-

pectivement appelées à la succession l'une de l'autre seraient décédées, non pas dans le *même événement*, mais le *même jour* dans des événements *différents*. La situation dans laquelle les deux personnes se sont trouvées n'étant pas la même, les dangers n'étaient pas les mêmes non plus, et la lutte contre la mort n'a pas eu lieu dans les mêmes circonstances. L'âge ou la force des mourants ne sont donc pas des éléments de la décision. (Lyon, trib. civ., 21 mars 1877, D., 1878, 3, 23.)

1262. Les règles établies par les articles 720-722 sur la présomption de survie ne s'appliquent qu'à l'hypothèse où plusieurs personnes sont *respectivement appelées à la succession l'une de l'autre*. Le motif de ces dispositions, c'est qu'il est *certain* alors que l'une d'elles a survécu et succédé à l'autre; mais laquelle? En cas d'incertitude absolue, il n'y aurait pas moyen de résoudre la question, et pourtant il est certain que l'on violerait la vérité et le droit des héritiers ou ayants cause de l'une *ou* de l'autre, en refusant à l'une *et* à l'autre le droit de succéder. La loi doit donc nécessairement fournir un moyen de sortir de la difficulté; autrement les deux successions resteraient vacantes ou en déshérence, alors même qu'il y aurait des *héritiers* dont les uns ou les autres devraient les recueillir.

1263. Mais la même difficulté n'existe pas, d'autres moyens de solution se présentent, et partant les présomptions des articles 720-722 ne sont pas applicables aux deux cas suivants :

1° Quand il n'y a qu'*une des deux personnes* appelée à la succession de l'autre; donc, quand il n'y a pas *réciprocité* des droits successifs. Par exemple, le père et son fils ayant lui-même des enfants ; ou bien deux frères dont l'un a des enfants, s'embarquent et périssent dans le même naufrage. La circonstance de la *survie* est indifférente pour régler l'ordre de succession; car, dans le premier cas, si le père a péri le premier, son fils a été son héritier et il a transmis, avec sa *propre* succession, celle de son père à ses enfants. Si le fils a péri le premier, ses enfants ont recueilli la succession de leur père, et celle de leur grand-père par représentation. Dans les deux hypothèses, les héritiers sont les mêmes.

Dans le second cas, si le frère ayant des enfants est mort le premier, ses enfants lui ont succédé, à l'exclusion de toute autre

personne. Si le frère célibataire est mort le premier, ses neveux ont recueilli sa succession par transmission (art. 781).

1264. 2° En cas de succession *testamentaire* ou *contractuelle* (art. 1082). Par exemple, deux amis, Paul et Pierre, s'embarquent pour un long voyage de mer; avant leur départ, ils se sont institués l'un l'autre héritier universel; ils périssent tous les deux. Ces cas sont controversés, mais à tort. Car les présomptions, surtout lorsqu'elles reposent sur une fiction, ne doivent pas être étendues au delà de leur objet. Puis les articles 720-722 sont placés dans le titre des *Successions légales* ou *ab intestat*; enfin, et c'est la raison décisive, celui qui réclame un droit doit le prouver (art. 1315), et celui qui réclame un droit échu à un individu (donc le représentant du successeur testamentaire ou contractuel) doit prouver que *cet individu existait au moment où le droit s'est ouvert à son profit* (art. 135); donc le représentant ou ayant cause du légataire ou donataire doit prouver que son auteur *a survécu* au testateur. Faute de faire cette preuve, la succession de ce dernier sera dévolue à ses héritiers *ab intestat*. Il y a donc un moyen légal et facile de sortir de la difficulté. (Lyon, trib. civ., 21 mars 1877; voy. *suprà*, n° 1261.)

Dans ce cas, rien ne s'oppose à ce que le juge admette des circonstances de fait et des présomptions de l'homme comme moyens de preuve du prédécès de l'une ou de l'autre personne.

II. DU LIEU DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS.

1265. Le lieu où la succession s'ouvre est déterminé par le domicile que le défunt avait au moment de son décès (code civ., art. 110.) Un simple domicile *de fait* ne produit pas cet effet.

C'est devant le tribunal du dernier domicile du défunt que doivent être portées :

1° Les demandes entre héritiers (ou autres successeurs à titre universel, — car le mot *héritiers* doit être pris ici en sens large) jusqu'au partage inclusivement, qui concernent les biens de la succession, lorsqu'elles sont dirigées par l'un des successeurs à titre universel contre les autres : donc les actions en pétition d'hérédité, l'action en partage et les contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations de partage, les licitations, les de-

mandes en reddition de compte formées avant ou pendant le partage par quelques-uns des successeurs contre celui ou contre ceux qui ont administré les biens communs; les demandes en restitution des fruits ou en dommages-intérêts pour fautes commises dans la gestion (code civ., art. 822, alin. 1; code de proc. civ., art. 59, alin. 6).

2° Les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageants et celles en nullité ou en rescision du partage (code civ., art, 822, alin. 2). Il est vrai que l'article 59, alinéa 6, du code de procédure ne reproduit pas cette dernière disposition du code civil; mais il ne faut pas en conclure que cette omission ait été faite pour restreindre la portée de l'article 822. Car les demandes en garantie ou en rescision du partage rentrent dans la catégorie générale des *demandes entre héritiers* mentionnées dans l'article 59, alin. 6, et le partage n'est pas encore définitif, tant qu'il peut être modifié par une action en garantie ou en rescision. (Chabot, art. 822, n° 1.)

3° Les demandes qui seraient intentées contre les héritiers ou l'un d'eux par des créanciers du défunt ou par les légataires avant le partage (code de procédure, art. 59, alin. 6). Il faut restreindre cette disposition aux actions *personnelles* (arg., art. 59, alin. 1°); les actions *réelles*, étant régies par l'article 59, alinéa 3, doivent être portées devant le tribunal compétent ordinaire.

4° Les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort contre l'exécuteur testamentaire, jusqu'au jugement définitif.

En **Belgique**, d'après la loi du 25 mars 1876, contenant le titre Ier du livre préliminaire du code de procédure, article 47, n°s 2, 3 et 4, les actions mentionnées sous les n°s 2, 3 et 4 ci-dessus seront portées devant le juge du lieu de l'ouverture de la succession, si elles sont formées dans les deux années du décès.

La demande en restitution de l'hérédité dirigée contre un héritier apparent doit être portée devant le tribunal de son domicile. (Paris, 14 avril 1860, B. J., t. 21, 705.)

Dès que la succession est ouverte, les divers intéressés *peuvent*, et dans certains cas, par exemple en cas de minorité, quelques personnes *doivent* requérir des mesures tendantes à la

conservation de l'hérédité (voy. code civ., art. 819-821; code de proc., art. 907 et suiv.).

III. DE LA SAISINE.

A. *Introduction historique.*

1266. En droit romain, la succession déférée n'était *acquise* à l'héritier que par l'*acceptation,* à moins qu'il ne fût de la classe des héritiers appelés *nécessaires* (*hæres necessarius* ou *suus et necessarius*). Les héritiers nécessaires étaient les fils de famille et les esclaves à qui leur maître avait légué la liberté; ils acquéraient l'hérédité inévitablement et *ipso jure*. L'acceptation se faisait ou par une déclaration expresse, même extrajudiciaire et non solennelle (*aditio hæreditatis*), ou tacitement par des actes d'héritier (*gestio pro hærede*) (§ 7, J., *De hæredum qualitate,* 2, 19); elle avait un effet rétroactif jusqu'au jour de l'ouverture de la succession. (Fr. 54, D., *De acquirenda vel omittenda hæreditate,* 29, 2; fr. 193, D., *De regulis juris,* 50, 17. Rivier, *Tr. des successions,* § 5.)

Mais aucun héritier, pas même l'héritier nécessaire, ne succédait dans la *possession* du défunt. La possession, c'est-à-dire la puissance physique sur la chose, était interrompue par la mort du possesseur, et l'héritier ne devenait possesseur de la succession que par un nouvel acte de prise de possession (*apprehensio*). (Fr. 23, D., *De acquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2.)

1267. Il en était autrement d'après le droit coutumier : la succession était *acquise* à l'héritier de *plein droit* et même à son insu dès l'instant qu'elle lui était *déférée,* c'est-à-dire dès le moment de l'ouverture de la succession; dès lors il était *propriétaire* et *possesseur* de l'hérédité. L'héritier succédait donc aussi dans la possession du défunt. Cette règle était exprimée par l'adage coutumier : « *Le mort saisit le vif son plus prochain héritier habile à lui succéder* » (coutume de Paris, art. 318) : le défunt était censé mettre le vif (ou héritier) en possession (l'*investir* ou l'*ensaisiner*) de tous ses droits et biens : « *Mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione* », disait Tiraqueau.

Cette règle avait lieu dans toutes les provinces du royaume de

France, même dans celles régies par le droit écrit, quoique diamétralement opposée aux principes du droit romain; elle avait lieu à l'égard des héritiers *testamentaires* du droit écrit, et dans les coutumes qui les admettaient, aussi bien qu'à l'égard des héritiers légitimes. Mais il n'en était pas de même à l'égard des *légataires universels;* ceux-ci n'étaient pas saisis et devaient demander à l'héritier la délivrance de leur legs. (Pothier, *Traité des successions,* chap. III, sect. II.)

1268. Quelle est l'origine de cette règle du droit coutumier?

La saisine est fondée dans l'ancienne solidarité familiale des Germains. La famille, formée par la communauté du sang, était considérée comme une communauté, une unité et une personnalité morale en laquelle résidaient la *propriété* et la *possession* des biens appartenant à ses membres (*condominium in solidum*). La propriété et la possession appartenaient moins au père et aux enfants, comme on l'a dit, qu'à la *parenté;* celui qui en était investi était considéré comme étant le détenteur de l'une et de l'autre en qualité de chef de la parenté ou de la famille; il était en quelque sorte détenteur au nom d'autrui, au nom de la communauté. Son successeur était investi des mêmes droits, parce que, à la rigueur, le sujet du droit de propriété et de la possession n'était pas changé; c'était toujours le corps moral de la famille. Le mort saisissait, c'est-à-dire investissait le vif, son successeur, des droits qu'il avait lui-même exercés pour la communauté. Lorsque plus tard l'idée du *condominium* de la famille, comme corps moral, s'affaiblissait dans ses conséquences, sans jamais s'effacer entièrement, les effets de l'ancien principe se maintinrent, et c'était admis comme une règle générale chez les anciens Germains, déjà à l'époque des lois barbares, que la possession (la *saisine*) de l'hérédité passait de plein droit à l'héritier sans qu'une appréhension fût nécessaire. (Voy. Heineccius, *Elementa juris Germanici,* II, X, n° 296; Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Histoire du droit allemand), n° 548, et surtout J. Simonnet, *Histoire et théorie de la saisine héréditaire* (mémoire couronné par la faculté de droit de Paris en 1850), chapitre II, p. 31-59.)

Nous ne rencontrons ni le nom de *saisine,* ni la règle que la possession passe de plein droit à l'héritier, dans les monuments de la première période du droit français, appelée l'époque franke

et qui va jusqu'au xe siècle ; mais la règle se trouve, comme un principe, nettement formulée dans les auteurs de la deuxième période (appelée *féodale*) qui dure depuis le xe jusqu'au xive siècle; Beaumanoir et Desfontaines la connaissaient ; Des Mares (mort en 1383), décision n° 234, dit : « Mort saisit son hoir vif, combien que particulièrement il y ait coutume locale où il faut nécessairement saisine du seigneur ». (Grand Coutumier, liv. II, chap. XXI.)

La règle *le mort saisit le vif* n'était pas applicable à la succession *dans les fiefs;* le seigneur direct était saisi du fief avant l'héritier féodal, lequel ne recevait l'investiture qu'après le serment de foi et hommage. (Grand Coutumier, liv. II, chap. XXI.)

1269. C'est à cette règle du droit féodal que E. De Laurière, note sur Loysel, n° 317, rattache l'explication de l'origine de la saisine : « D'après plusieurs coutumes », dit-il, « la saisine n'avait pas lieu anciennement, et toute personne qui mourait était censée se dessaisir de ses biens entre les mains de son seigneur ; de sorte que les héritiers étaient obligés de les reprendre du seigneur en lui faisant foi et hommage, et lui payant le relief, si c'étaient des fiefs; *ou en lui payant les droits de saisine*, si c'étaient des héritages en roture. Mais comme ce droit était odieux, on introduisit que toute personne décédée serait réputée avoir remis en mourant la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent habile à lui succéder, et non entre les mains d'aucune autre personne ; parce que, parmi nous, *institution d'héritier n'a pas de lieu.* Et de là est venu notre règle: *le mort saisit le vif.* »

D'après lui, la règle aurait une origine analogue à celle qui a fait introduire le caractère déclaratif du partage (art. 883; voy. *infrà*, chap. VI, sect. IV). Cette opinion n'est pas tout à fait exacte. Si les jurisconsultes ont repoussé les prétentions fiscales des seigneurs par la maxime *le mort saisit le vif*, ils n'ont pas *inventé* ou *introduit* une règle nouvelle, ou une fiction, comme dans le partage; mais ils se sont appuyés sur un principe fondé dans le vieux droit.

Les jurisconsultes qui se sont presque exclusivement occupés du droit romain traitent cette règle avec un certain dédain, en en attribuant l'origine à l'ignorance et à une interprétation ou exten-

sion erronée du fr. 30, D., *Ex quibus causis major. XXV annis*, 4, 6, qui permet, en matière d'usucapion, de joindre la possession du défunt à celle de l'héritier. Cujas, dans son commentaire sur cette loi, dit que les docteurs ont vu dans cette *accessio possessionis* le principe que le défunt transmet la possession à son héritier; que cette erreur a passé dans les mœurs et qu'elle a fait naître cette maxime vulgaire (*de via collecta*) : *le mort saisit le vif.*

B. *A qui appartient la saisine.*

1270. Les auteurs du code civil ont reproduit le principe de l'ancien droit dans l'article 724 : « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession : les enfants naturels, l'époux survivant et l'État doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées. »

On peut se demander, avec M. Simonnet, quelle a été l'intention probable des législateurs en faisant de la saisine une prérogative pour certains successibles, et quel effet principal ils lui ont attribué?

La question n'est pas susceptible d'une solution générale ; elle se divise en beaucoup d'autres qui seront traitées dans le cours de l'ouvrage. Faisons seulement observer ici, avec M. Simonnet, que le code civil ne contient pas un système complet sur la saisine, ou du moins qu'il faut prendre ses dispositions dans un sens limité, *secundum subjectam materiam*; que le but des rédacteurs n'était pas de développer dans un ordre artistique des théories particulières; que chaque article est un fait, en quelque sorte, qui répond à un besoin pratique, et que ce n'est pas sans circonspection qu'on peut en faire un corps de doctrine. (*Saisine héréd.*, p. 256.)

Ajoutons que la disposition de l'article 724, portant « que les enfants naturels doivent se faire envoyer en possession par justice », n'est exacte que lorsqu'ils demandent, à défaut de parents, *tous* les biens du défunt (art. 773). L'enfant naturel en

concours avec des héritiers légitimes doit demander la délivrance à ces derniers.

1271. On peut se demander pourquoi la loi n'accorde pas de plein droit la saisine aux enfants naturels, au conjoint survivant et à l'État? Car, d'après l'ancienne jurisprudence, la saisine appartenait au roi ou au seigneur, à qui les biens étaient attribués par droit de déshérence, de bâtardise, d'aubaine ou de confiscation.

Dans les travaux préparatoires du code, nous ne voyons que cette faible raison donnée par Siméon, « parce qu'ils ne sont pas héritiers légitimes proprement dits ». C'est résoudre la question par la question. (Discours au Tribunat, n° 12, Locré, p. 282.) Disons plutôt que c'est une mesure de précaution pour faire reconnaître leur titre; que la délivrance est pour eux un titre de notoriété qui supplée au titre légitime et leur donne, à l'égard des tiers, le bénéfice de la saisine. (Simonnet, p. 257 ; Demolombe, n° 154.)

Le code civil hollandais (art. 880) donne la saisine aux enfants naturels et au conjoint survivant, et oblige seulement l'État à demander l'envoi en possession.

1272. La saisine n'appartient pas seulement aux héritiers légitimes ou *ab intestat ;* exceptionnellement, la loi la donne au légataire universel (l'*héritier institué* du droit romain), si au décès du testateur il n'y a pas d'héritiers réservataires (art. 1006). Cette disposition est une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier. (Voy. *suprà,* n° 1267.)

La saisine est attribuée dans l'ordre suivant :

1° Toujours aux héritiers réservataires (art. 724, 1004);

2° Sil n'y a pas d'héritiers à réserve, au légataire universel (art. 1006);

3° Aux autres héritiers légitimes.

La saisine appartient aux héritiers ou aux successeurs dans l'ordre suivant lequel la loi ou une disposition de dernière volonté les appelle à succéder ; par conséquent, le parent d'un degré plus éloigné en est exclu par un parent plus proche. « *Le mort saisit son héritier le plus proche* », disait l'ancien adage coutumier. De là il résulte que l'opinion de plusieurs auteurs d'après laquelle la saisine appartient collectivement à *tous* les parents au

degré successible du défunt, est contraire à l'ancien droit comme au texte de l'article 724, qui déclare saisis les *héritiers* (donc ceux qui succèdent réellement) et non pas tous les *parents* légitimes du défunt. (Douai, 23 avril 1866, D., 1868, 1, 265.)

Les parents plus éloignés n'ont pas d'action non plus pour contraindre les parents plus proches à prendre qualité ; si ces derniers refusent de se prononcer, les parents plus éloignés peuvent se mettre en possession de l'hérédité à leurs risques et périls, sauf à être évincés par les parents plus proches. Mais les tiers contre lesquels ils agissent peuvent leur opposer l'exception de l'existence d'héritiers plus proches. (Voy. arrêt de Douai précité.)

Lorsque plusieurs personnes sont appelées à une même succession, elles en sont saisies chacune pour sa part indivise, jusqu'au partage (*compossessio*).

C. *Des effets de la saisine.*

1273. Les auteurs, depuis Pothier, jusqu'à nos jours, ont attribué des effets très-différents à la saisine, et en ont trop étendu l'importance.

Le *seul* effet de la saisine que l'on puisse encore admettre aujourd'hui, c'est l'acquisition instantanée et de plein droit de la *possession* du défunt par l'héritier. De là découlent les conséquences suivantes :

1° L'héritier peut, de sa propre autorité, se mettre en possession réelle des biens du défunt, sans formalités de justice ;

2° Il peut exercer toutes les actions possessoires que le défunt aurait pu exercer, sans avoir fait un acte d'appréhension, et sans avoir eu la possession réelle et paisible depuis une année (code de procédure civile, art. 23).

Il est évident que l'héritier n'est pas saisi de la possession des choses que le défunt lui-même ne possédait pas.

1274. Examinons à présent les autres effets que l'on attache à la saisine.

Sous l'ancien droit, Pothier pouvait encore dire avec raison que, si l'héritier était mort avant d'avoir accepté ou répudié la succession, ou avant d'avoir eu connaissance qu'elle lui fût dé-

férée, c'était par l'effet de la saisine qu'il transmettait à ses héritiers la faculté de l'accepter ou de la répudier. Car, d'après le droit romain, la transmission n'était pas un principe général; dans les premiers temps, elle n'avait lieu que de la part des héritiers nécessaires (n° 1266); mais plus tard, par l'introduction des transmissions *ex capite restitutionis in integrum*, *ex capite infantiæ*, *Theodosiana et Justinianea*, la règle de la non-transmission a été absorbée par les nombreuses exceptions.

Aujourd'hui les articles 781 et 782 proclament le principe de la transmission des successions, indépendamment de la saisine, de même que l'article 1014 l'admet en matière de legs. C'est donc à tort que la transmission est comptée parmi les effets de la saisine par Chabot, art. 724, n° 10; Toullier, t. IV, n°s 82 et 90; Zachariæ, éd. belge, t. II, § 609, n° 1, 3°; p. 393, notes 1, 2, et autres.

C'est également à tort que Marcadé, sur l'article 724, III, considère la continuation de l'*usucapion* par l'héritier comme un effet de la saisine. Déjà en droit romain, l'héritier, bien qu'il n'eût pas la saisine, continuait l'usucapion par l'*accessio possessionis*.

Est-ce avec plus de raison que l'on attribue à la *saisine* l'acquisition immédiate de la propriété du défunt par l'héritier? Non; car la *propriété* des biens de la succession est également acquise de plein droit aux enfants naturels, au conjoint survivant, à l'État, aux légataires à titre universel, qui tous n'ont pas la saisine. En droit romain aussi, l'héritier, quand il avait accepté l'hérédité, était rétroactivement réputé avoir eu la propriété depuis l'ouverture de la succession.

L'obligation indéfinie de l'héritier de payer les dettes héréditaires (sauf le bénéfice d'inventaire) est à tort considérée par plusieurs auteurs comme un effet de la saisine; car l'héritier, en droit romain, ne l'avait pas, et il était tenu de la même manière; et d'après le droit coutumier, l'héritier investi de la saisine ne répondait pas toujours indéfiniment de toutes les dettes de la succession.

Zachariæ, § 609, n° 1, 1°, considère encore comme une conséquence de la saisine la règle que la capacité de recueillir une succession doit s'apprécier eu égard au moment où la succession s'ouvre; mais à tort, car la même règle existe en droit romain.

D'autres questions relatives aux effets de la saisine seront raitées dans le cours de l'ouvrage.

CHAPITRE II.

DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER.

I. NOTIONS GÉNÉRALES.

1275. Pour recueillir une succession, il faut la réunion de certaines conditions ou qualités. L'absence de ces qualités est un obstacle à ce que l'on soit ou demeure héritier. 1° Lorsque l'absence d'une de ces qualités est un obstacle à ce que l'on *recueille* une succession, elle s'appelle *incapacité ;* 2° si elle est un obstacle à ce que l'on *conserve* une succession à laquelle on a été appelé, elle s'appelle *indignité.*

L'énumération des causes d'incapacité et d'indignité est restrictive.

Les règles sur l'incapacité et l'indignité s'appliquent aussi aux successeurs irréguliers. Le mot *héritier*, dans l'article 727, n° 3, doit être pris en sens large. Mais elles ne doivent pas être étendues aux légataires et donataires, qui sont régis par des dispositions particulières.

II. SPÉCIALEMENT.

A. *De l'incapacité.*

1276. Le néant ne peut avoir aucun droit. C'est pour ce motif que pour succéder il faut nécessairement *exister* à l'instant de l'ouverture de la succession (art. 725). Ainsi sont incapables de succéder :

1° Celui qui n'est pas encore conçu au moment de l'ouverture de la succession. C'est par la date de la naissance que l'on peut déterminer l'époque de la conception. De là il résulte que l'enfant qui n'est venu au monde qu'après l'expiration du trois cen-

tième jour depuis et non compris celui de l'ouverture de la succession, *ne peut pas* succéder. Car l'époque de la gestation *la plus longue* que la loi puisse admettre d'après l'ordre de la nature, est de 300 jours (art. 312, 315; voy. n° 504).

1277. Faut-il d'une manière générale et absolue admettre les présomptions légales des articles 312 à 315 sur la *légitimité*, pour établir l'époque de la *conception* en matière de succession?

Ainsi, *suffit-il* que l'enfant soit né dans les 300 jours de l'ouverture de la succession, pour être réputé conçu au moment de l'ouverture?

Ou bien, pour que l'enfant soit réputé conçu au moment de l'ouverture de la succession, faut-il *nécessairement* qu'il soit né avant le cent quatre-vingtième jour de l'ouverture?

Les jurisconsultes sont généralement d'accord que l'enfant qui veut succéder peut invoquer les présomptions des articles 312 à 315 toutes les fois que la question de légitimité est liée à la question de succession. C'est ce qui arrive toujours lorsqu'il s'agit de la succession du mari de sa mère. Ainsi, l'enfant né *dans les* 300 *jours* après la dissolution du mariage a pour lui la présomption de légitimité, parce qu'il est présumé déjà conçu au moment du décès du mari. Il serait absurde d'admettre d'un côté la présomption de légitimité, et de l'autre côté de l'exclure de la succession de son père légalement présumé.

La décision devrait être la même lorsque, quelques jours après le décès du père, un autre parent paternel viendrait à mourir, et que l'enfant serait appelé à la succession de ce parent. Par exemple, l'enfant est né 290 jours après la mort du mari de sa mère; il est présumé légitime et lui succède; deux jours après, un frère ou un oncle, à la succession duquel il est appelé, meurt; il peut succéder. Car si l'on n'admet pas que l'enfant était déjà conçu au moment du décès de son frère ou oncle, on rejette implicitement sa légitimité.

1278. Mais il y a controverse dans le cas où la question de l'epoque de la conception se présente dégagée de toute question de légitimité. Par exemple, il y a deux frères A et B, ayant des biens personnels, et dont les père et mère sont encore vivants. A meurt; 290 jours après son décès, sa mère accouche d'un troisième enfant. Cet enfant est-il présumé conçu au moment du

décès de A, et peut-il lui succéder? Ici la question de la conception est indépendante de la légitimité.

Les délais fixés pour la présomption de légitimité, rapprochés des lois de la nature autant que possible, doivent sans doute être pris pour guide dans la solution de ces questions. Le législateur aurait peut-être bien fait de les appliquer d'une manière générale à la conception, parce qu'il est impossible d'en établir l'époque d'une manière précise. Mais aucune loi ne *commande* cette application. Les présomptions légales des articles 312 à 315 sont introduites dans l'intérêt de la légitimité, pour assurer un état à l'enfant, et pour sauver l'honneur de la mère; elles ne peuvent pas être étendues au delà de leur objet et pour assurer un intérêt purement pécuniaire.

Le juge a donc un pouvoir appréciateur, circonscrit toutefois dans les limites du minimum et du maximum possible de la grossesse. Ainsi, par exemple, il ne pourrait pas admettre qu'un enfant né viable dans les 180 jours depuis l'ouverture de la succession n'aurait pas été conçu au moment de l'ouverture de la succession.

1279. Celui qui était déjà conçu au moment de l'ouverture de la succession est capable de succéder. Lorsqu'il sera venu à naissance, il sera considéré comme s'il fût déjà né au moment de l'ouverture de la succession; la naissance a un effet rétroactif au temps de la conception. *Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de ejus commodo agitur.*

Celui qui invoque le droit de succéder doit prouver qu'il existait au moment de l'ouverture de la succession.

1280. 2° Pour être capable de succéder, il ne suffit pas d'avoir été conçu; il faut aussi être né *vivant* et *viable*. Celui qui est mort-né n'a jamais été au monde et n'a pu être capable de succéder; fr. 7, D., *De statu hominum*, 1, 5; fr. 231, D., *De verborum significationibus*, 50, 16. Celui qui est venu au monde sans les conditions essentielles de vitalité est censé n'avoir jamais existé.

La personne qui prétend qu'un enfant est né viable et a succédé doit prouver qu'il est *né vivant*. S'il est né vivant, la *viabilité* est présumée jusqu'à la preuve contraire. La preuve de la non-viabilité peut se faire par des gens de l'art. (Voy. *suprà*, n° 521.)

La décision de la question de savoir si l'enfant est né viable

présente un intérêt particulièrement dans le cas suivant : la mère est morte en couches et son enfant unique est mort immédiatement après elle. Si l'enfant n'était pas né viable, la succession de la mère passerait tout entière aux parents maternels; si, au contraire, l'enfant était né viable, il aurait recueilli la succession de sa mère, et il en transmettrait la *moitié* à ses parents paternels, l'autre moitié aux parents de sa mère.

1281. Le code civil déclare incapables de succéder les *étrangers*. L'article 726 porte : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire de l'empire, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11, au titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils*. (Voy., sur cette question, *suprà*, nos 113, 114, 116, 118, 123.)

En **France**, déjà la loi du 14 juillet 1819 a aboli cette incapacité, en déclarant tous les étrangers capables d'y succéder comme les Français.

En **Belgique**, la loi du 20 mai 1837, tout en conservant le principe des articles 11 et 726 du code, avait remplacé la réciprocité fondée sur des traités par la réciprocité pure et simple, laquelle pouvait être constatée aussi par la production des lois ou autres actes propres à en établir l'existence.

Depuis lors, la loi du 27 avril 1865 (*Moniteur* du 28 avril 1865) a abrogé les articles 726 et 912 du code civil, ainsi que la loi du 20 mai 1837 (art. 1 et 2). Adoptant les principes de la loi française du 14 juillet 1819, elle porte que les étrangers ont le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Belges dans toute l'étendue du royaume (art. 3).

Elle admet, de même que la loi française, le système appelé de *prélèvement*, proclamé par l'article 4 : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et belges, ceux-ci *prélèvent* sur les biens situés en Belgique une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. »

A quelque titre que ce soit, dit la loi ; donc il n'importe que ce

soit à titre de privilége ou en vertu du droit commun. Ainsi, quelqu'un a des parents belges et allemands; il laisse des biens en Belgique et en Allemagne, et parmi ces derniers un fidéicommis, attribué exclusivement à un des cohéritiers allemands; avant de partager la masse, les cohéritiers belges prélèvent chacun, sur les biens situés en Belgique, une valeur égale à celle du fidéicommis recueilli par l'un des cohéritiers allemands.

Ou bien, un Hollandais ayant des biens en Belgique et en Hollande meurt en laissant pour héritiers son père et un cousin germain maternel belge. D'après l'article 906 du code hollandais, le père recueille seul toute la succession de son enfant décédé sans descendance et sans frères ou sœurs ou descendants d'eux. Le cousin belge prélèvera sur les biens en Belgique, si c'est possible, la part qu'il faudrait lui attribuer pour que la succession soit partagée par moitié, conformément à la loi belge.

La loi n'accorde ce prélèvement sur les biens situés en Belgique qu'aux cohéritiers *belges*, et non aux cohéritiers étrangers, quoique exclus d'après leurs propres lois d'une partie de la succession.

B. *De l'indignité.*

1282. Indigne est celui qui, pour peine de sa conduite envers le défunt ou envers sa mémoire, a été déclaré ***par jugement*** déchu du droit de lui succéder.

En droit romain, les causes d'indignité étaient excessivement nombreuses, et la portion dont l'indigne était déclaré déchu (*ereptitium*) était, dans le plus grand nombre des cas, attribuée au fisc. (Voy. tit. D., *De his quæ ut indignis auferuntur*, 34, 9; tit. Cod., *eod*, 6, 35. Rivier, *Tr. des successions*, § 91.)

L'ancienne jurisprudence avait déjà considérablement restreint le nombre des cas d'indignité, et ce n'était plus le fisc qui profitait de l'indignité de l'héritier, mais c'étaient ses autres parents en degré de succéder avec lui ou du degré subséquent. (Pothier, *Successions*, chap. I, sect. II, art. IV, § 2.)

Le code en a réduit le nombre à *trois*. Le motif de l'exclusion pour cause d'indignité, c'est que la loi qui appellerait à la succession celui qui se serait rendu coupable d'un méfait qu'elle prévoit,

pourrait difficilement *s'accorder avec la volonté présumée du défunt*. « Mais », dit Treilhard, « il ne faut pas, sous le prétexte spécieux de remplir la volonté présumée d'un défunt, autoriser des inquisitions qui pourraient être également injustes et odieuses. Nous n'avons pas cru devoir admettre quelques causes reçues dans le droit romain, parce qu'elles ne présentent pas des points fixes sur lesquels l'indignité serait déclarée; elles portent sur des faits équivoques susceptibles d'interprétation, dont la preuve est bien difficile; l'admission en serait par conséquent arbitraire. » (Exposé de motifs, n°s 8 et 9, Locré, p. 182.)

1283. D'après l'article 727 du code, « sont indignes de succéder et, comme tels, exclus des successions :

« 1° Celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt. »

Il suit des termes de cette disposition que, pour encourir l'indignité, il faut la réunion des conditions suivantes :

a. Qu'il y ait eu une *condamnation*. Donc, il ne peut pas y avoir indignité si la condamnation a été empêchée par la prescription de l'action criminelle ou par le décès du meurtrier; ou si le meurtre n'était pas *punissable*, soit parce qu'il a été causé par un fait que celui qui en était l'auteur n'avait pu ni prévoir ni prévenir, soit parce qu'il l'avait commis étant lui-même en état de légitime défense (code pénal, art. 328, 329; nouveau code pénal belge, art. 416, 417). Mais le meurtre *excusable* (code pénal, art. 321-326; code pénal belge, art. 411-415) n'est pas un obstacle à l'indignité, car il n'exclut pas l'*intention* de tuer.

b. Il faut que l'homicide ait été *volontaire*, c'est-à-dire qu'il y ait eu intention de tuer. Le mot *volontaire* ne se trouve pas dans le texte de la loi; mais la solution que nous venons de donner résulte du mot *tenté* de donner la mort, mot qui prouve la nécessité d'une intention coupable. Donc la condamnation pour homicide involontaire prévu par les articles 319 et 320 (code pénal belge, art. 418-422) n'entraîne pas l'indignité.

L'héritier qui a été condamné comme complice du meurtrier est indigne; la raison de la loi est la même, et il tombe sous la lettre de la loi.

1284. Cette cause de l'indignité ne s'efface ni par la prescription de la *peine*, ni par la grâce du souverain : ni l'une ni l'autre

ne peut porter atteinte aux droits des tiers et aux conséquences *civiles* de la condamnation.

Mais le pardon accordé au meurtrier par le défunt empêche-t-il la déclaration d'indignité? Si l'on fonde l'indignité uniquement sur l'absence de l'affection présumée du défunt, on doit admettre que le pardon prouve que cette affection ne s'est point affaiblie, et qu'il efface l'indignité. C'est l'avis de Pothier, *Successions, loc. cit.* On objecte avec raison qu'aujourd'hui l'exclusion pour cause d'indignité n'est plus, comme autrefois, une exhérédation présumée, mais qu'elle est prononcée par la loi elle-même au nom des convenances sociales et de la morale publique, et qu'il n'est pas au pouvoir du particulier de l'anéantir. (Demolombe, n° 226.)

1285. 2° Celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale *jugée* calomnieuse, c'est-à-dire qui a porté contre le défunt une *plainte* ou une *dénonciation* du chef d'un crime entraînant la peine capitale, et que les tribunaux ont jugée calomnieuse. Car le particulier ne porte pas, à proprement parler, une *accusation* capitale; c'est le ministère public qui est investi de cette mission. (Voy. code pénal, art. 373 et 374; code pénal belge, art. 445; code d'instruction criminelle, art. 358, 359.)

1286. 3° L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice.

Le *mineur,* arrivé à sa *majorité,* lorsque le meurtre n'a pas encore été poursuivi, est obligé de le dénoncer, sous peine d'encourir l'indignité. (Demolombe, n° 259.) La question est controversée.

La loi prescrit seulement de dénoncer le meurtre, et non le *meurtrier.* La question de savoir *dans quel délai* la dénonciation doit avoir été faite pour mettre l'héritier à l'abri de l'indignité doit se résoudre d'après les circonstances et est laissée à l'appréciation du magistrat.

« Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendants et descendants du meurtrier, ni à ses alliés au même degré, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères et sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces (art. 728). »

L'excuse s'applique aussi aux *alliés au même degré* que les parents mentionnés dans cet article. La rédaction du projet primitif

portait : *alliés en ligne directe.* La section du Tribunat proposa d'étendre l'excuse aux alliés en ligne collatérale, de mettre *alliés au même degré* au lieu de *alliés en ligne directe,* et de placer ces mots *à la fin* de l'article. (Observations du Tribunat, n° 7, Locré, p. 160.) Il paraît que le changement de *rédaction* a été adopté, mais les mots *alliés au même degré* ont, apparemment par inadvertance, conservé leur ancienne place, au lieu d'être mis à la fin de l'article. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. (Voy. Aubry et Rau sur Zachariæ, § 593, t. II, p. 365, note 2. Demolombe, n° 261.)

Toutefois Locré, dans la conférence des procès-verbaux sur l'article 728 (t. X, p. 15), rapporte que la proposition de la section du Tribunat n'a pas été admise. C'est probablement une erreur de sa part.

C. *Des effets de l'incapacité et de l'indignité.*

1287. L'*incapacité* produit son effet de *plein droit* et d'une manière *absolue* à l'égard de tout le monde. L'incapable ne peut recueillir *aucune* succession. L'incapacité *empêche* la saisine, et si l'incapable s'est mis en possession d'une hérédité, il est assimilé au tiers qui s'en serait emparé sans aucun droit.

1288. L'*indignité* n'exerce son effet que lorsqu'un *jugement* spécial l'a déclarée; elle n'a pas lieu de plein droit en vertu du jugement qui a condamné un individu à raison du méfait qui entraîne l'indignité. Le jugement d'indignité ne peut être provoqué qu'après l'ouverture de la succession. Elle n'a donc pas lieu si le coupable meurt *avant* l'ouverture de la succession à laquelle il eût été appelé s'il eût été vivant et non indigne.

Ce point est controversé. Notre solution n'est pas contestable dans le troisième cas d'indignité prévu par la loi; car le défaut de dénonciation n'est pas un délit à raison duquel l'héritier aurait pu encourir une condamnation. Mais elle doit être admise aussi dans les deux premiers cas. Elle peut s'appuyer sur l'ancien droit; Pothier, *Successions*, *loc. cit.* à la fin, et chap. II, sect. I, art. 1, § 2, dit que les enfants de l'indigne peuvent succéder par représentation, lorsque leur père est prédécédé. Elle peut invoquer par analogie l'article 957 du code, qui n'admet pas l'action en

révocation de la donation contre les héritiers du donataire ingrat. Le but de l'indignité, c'est de punir le coupable ; mais la peine tomberait souvent sur ses héritiers, s'il encourait l'indignité de plein droit. (Zachariæ, § 594.)

L'individu déclaré indigne de succéder n'est pas *absolument* indigne de recueillir une *succession quelconque* ; il est seulement exclu de l'hérédité de la personne envers laquelle il s'est rendu coupable.

Le fait qui peut entraîner le jugement d'indignité n'empêche pas celui qui l'a commis d'avoir la saisine, puisqu'il doit *restituer* ; mais ce jugement la lui enlève. Jusque-là il reste saisi.

Une fois l'indignité prononcée, l'héritier exclu pour cette cause est considéré comme *possesseur de mauvaise foi* à l'égard des personnes qui doivent succéder au défunt (art. 729).

1289. Conséquences de cette règle :

1° L'indigne doit rendre à ceux qui doivent succéder toute l'hérédité, avec tous ses accessoires, accroissements, fruits civils et naturels, et tous les produits quelconques depuis l'ouverture de la succession ;

2° Il doit restituer les intérêts de tous les capitaux de la succession, depuis le jour où il a touché ces capitaux, quand même il n'en aurait pas perçu d'intérêts.

L'article 729 dit : « L'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité est tenu de rendre tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession. » Ce sont évidemment les *fructus percepti* et *percipiendi*. D'ailleurs, notre thèse résulte de la combinaison des articles 1153, alin. 3, et 1378 : celui qui *s'est lui-même* de mauvaise foi mis en possession de la chose d'autrui ne peut pas être traité plus favorablement que celui qui a reçu de mauvaise foi une chose indue. La question est controversée. D'après quelques auteurs, l'indigne ne doit les intérêts que depuis le jour de la demande.

Il ne peut invoquer, quant aux intérêts, la prescription quinquennale de l'article 2277.

Depuis le jour de la demande, il doit les intérêts des intérêts.

1290. D'un autre côté, l'indigne peut demander le remboursement de toutes les sommes qu'il a déboursées pour payer les

dettes de l'hérédité, avec les intérêts du jour des payements, si elles étaient échues ou productives d'intérêts; et les créances qu'il avait contre la succession renaissent comme si elles n'avaient pas été éteintes par confusion. D'après les lois romaines, beaucoup plus sévères envers l'indigne, tous les droits éteints par confusion restaient éteints; le fisc en profitait; c'était une loi fiscale. (Voy. fr. 8, 17, 18, § 1, D., *De his quæ ut indignis*, 34, 9; fr. 29, § 2. D., *De jure fisci*, 49, 14.) Mais ces lois n'ont jamais été reçues dans la jurisprudence française. (Zachariæ, § 594, page 366, note 4.)

1291. Du rapport de l'indigne avec les tiers. — Il doit être considéré comme légalement investi des droits résultant de la qualité d'héritier jusqu'au moment où l'indignité a été déclarée. Son droit est révoqué *ex nunc* par les successeurs du défunt. Donc toutes les aliénations à titre *gratuit* ou à titre onéreux, consenties par lui, telles que ventes, hypothèques, servitudes, sont valables à l'égard des tiers, et ne donnent lieu qu'à une action personnelle en dommages-intérêts de la part des héritiers contre l'indigne (arg. art. 958); le tout sauf l'action révocatoire, s'il y a eu un concert frauduleux entre l'indigne et le tiers.

Il y a controverse sur la validité des *donations;* la raison de douter, c'est que le donataire lutte pour faire un lucre (*certat de lucro captando*). Mais on peut en dire autant de l'héritier au profit duquel l'indigne est exclu, et *in pari causa melior est conditio possidentis*. En sens contraire, voy. Chabot, sur l'art. 727, n° 23; Demolombe, n° 314.

1292. Des enfants de l'indigne. — « Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père; mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs enfants. » (Voy. *suprà*, n° 656, *b*.)

A la rigueur, les mots « *sans le secours de la représentation* » sont inutiles, car l'enfant ne vient jamais par représentation d'un *indigne*. Si l'individu susceptible d'être déclaré indigne est décédé *avant* l'ouverture de la succession, il n'a pu être déclaré indigne (n° 1288) et ses enfants peuvent le représenter. S'il est mort *après*, l'article 744 s'oppose déjà à la représentation, parce qu'on

ne représente pas un vivant, et les enfants ne peuvent venir que de leur chef.

Si l'un des enfants de l'indigne vient à mourir après avoir recueilli de *son* propre chef la succession dont son père a été exclu, celui-ci, devenu héritier de son enfant, peut recueillir les biens faisant partie de cette succession; car ils sont confondus dans l'hérédité à laquelle l'indigne est appelé, et la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la succession (art. 732). (Fr. 7, D., *De his quæ ut ind.* 34, 9; Demante, *Cours analytique de code Napoléon*, n° 39, III.)

CHAPITRE III.

DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION.

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX. DES PERSONNES APPELÉES A SUCCÉDER. DE L'UNITÉ DU PATRIMOINE.

1293. La loi appelle à succéder les *parents jusqu'au douzième degré de computation civile inclusivement* (art. 731, 755); à un degré plus éloigné, le lien de la parenté est très-faible; et, de plus, la preuve d'une parenté plus éloignée offre beaucoup d'incertitudes et donne lieu à des contestations souvent ruineuses. (Exposé des motifs, n° 19; Siméon, Discours, n° 23; Locré, p. 190, 291.) La computation *civile*, qui compte, en ligne collatérale, les générations des *deux* côtés, pour établir la proximité du degré, a été admise pour base, de préférence à la computation *canonique*, qui ne compte les générations que de l'un des côtés. (Discours de Siméon, n° 17; Locré, p. 286.)

La *parenté* est définie dans les articles 735-738. (Voy. *suprà*, n° 291.)

Les parents succèdent sans distinction de sexe et de primogéniture (art. 745 et *suprà*, n° 1250).

1294. L'hérédité entière (tout le patrimoine) est transmise d'après *un seul* et *même ordre* de succession, lequel est indépendant de la nature et de l'origine des biens (art. 732). Novelle 118. — Donc il n'y a plus de distinction en biens meubles et immeubles, entre acquêts et propres (art. 732 et *suprà*, n° 1250). Toutefois cette dernière règle, en ce qui concerne l'*origine* des biens, souffre trois exceptions, que l'on peut appeler des successions *anomales* ou *extraordinaires*; ces cas sont : 1° la succession de l'adoptant dans les cas des articles 351 et 352; 2° le retour successoral au profit des ascendants donateurs (art. 747); 3° la succession à un enfant naturel (art. 766).

II. DES DIFFÉRENTES CLASSES D'HÉRITIERS.

1295. On entend par *classe* ou *ordre* un ensemble d'héritiers qui, pris collectivement, excluent d'autres héritiers ou sont exclus par d'autres héritiers également pris d'une manière collective, abstraction faite de la proximité du *degré* de parenté entre ces divers héritiers et le défunt. C'est le caractère du lien de parenté, et non la proximité du degré de parenté qui détermine la classe à laquelle l'héritier appartient. L'héritier appartenant à *une classe antérieure* exclut l'héritier d'une classe postérieure, quand même ce dernier serait parent à un degré plus proche que le premier, pourvu que les deux classes se trouvent dans la *même ligne*. Par exemple, l'arrière-petit-fils du défunt, qui est son parent au troisième degré, exclut le père du défunt, parent au premier degré, son aïeul ou son frère, qui sont ses parents au deuxième degré, parce qu'il a sur les autres l'avantage de la classe; il appartient à la première, tandis que l'aïeul appartient à la troisième, le père et le frère à la deuxième classe.

1296. L'article 731 dit : « Les successions sont déférées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déterminés. » Il semble donc n'établir que trois classes de parents pour déterminer l'ordre des successions. Mais, comme il y a parmi les ascendants deux privilégiés qui priment tous les autres,

— les père et mère, — et parmi les collatéraux aussi des privilégiés qui priment non-seulement tous les autres collatéraux, mais aussi les ascendants à l'exception des père et mère, — ce sont les frères et sœurs du défunt et leurs descendants, — les trois espèces de parents énumérés dans cet article forment en réalité *quatre* classes distinctes d'héritiers.

Ces classes ne sont appelées à l'hérédité que successivement et à défaut les unes des autres.

Ce sont, dans l'ordre de l'énumération :

I. Les descendants du défunt (art. 745, 750);

II. Ses frères et sœurs germains, utérins et consanguins, ainsi que leurs descendants (art. 748, 753); toutefois, les *père* et *mère* du défunt viennent, par exception (car ils appartiennent, à la rigueur, à la troisième classe), en concours avec eux (articles 748, 751);

III. Les ascendants, sauf ce qui a été dit des père et mère (art. 746);

IV. Les collatéraux autres que les frères et sœurs et leurs descendants (art. 753).

III. DE L'ORDRE DE SUCCESSION DANS CHAQUE CLASSE.

1297. Dans chaque classe, l'héritier le plus proche en degré exclut l'héritier plus éloigné, et les héritiers qui sont au même degré succèdent par tête. *Proximior excludit remotiorem; æque proximi succedunt in capita* (art. 745, alin. 2; 746, alin. 2, 753). Cet ordre de succession était suivi dans le droit romain. (Novelle 118.) Il est fondé sur l'affection présumée du défunt. (Chabot, Rapport, n° 16; Locré, p. 222.)

Cette règle se modifie par le système de la représentation. (Voy. section II.)

IV. DE LA DIVISION DE LA SUCCESSION ENTRE LES LIGNES PATERNELLE ET MATERNELLE.

1298. A défaut de descendants et de frères et sœurs germains et d'enfants d'eux, la totalité de la succession du défunt passait, d'après le droit romain, à son plus proche ascendant; à son défaut, aux frères consanguins et utérins ou à leurs enfants, et, à

défaut de ceux-ci, au plus proche parent collatéral de l'un ou de l'autre côté, quelle que fût la provenance des biens.

D'après le droit coutumier, les biens retournaient du côté d'où ils venaient (*paterna paternis, materna maternis*). (*Suprà*, n° 1245-1247). Par exemple, Paul meurt, laissant pour héritiers un frère de son père (oncle paternel) et un cousin germain maternel. Sa fortune consiste dans une ferme qu'il a recueillie dans la succession de sa mère. D'après le droit romain, cette ferme échoit entièrement à l'oncle paternel qui, étant héritier collatéral au troisième degré, exclut le cousin germain, qui n'est qu'au quatrième. D'après le droit coutumier, la ferme appartient *exclusivement* au cousin germain maternel, parce qu'elle est entrée dans le patrimoine du défunt par sa mère. Suivant le code civil, la ferme se partage par moitié entre l'oncle et le cousin.

La loi ne considère pas l'*origine* des biens, pour en régler la transmission; « toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales: l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle » (art. 732, 733, alin. 1).

La distinction des biens, au point de vue de la succession, avait été abolie par la loi du 17 nivôse an II, article 62. Parmi les auteurs du code, il y avait des partisans de l'ancien droit coutumier, parce qu'il empêchait qu'une ligne ou une famille ne s'enrichît aux dépens de l'autre. « Peut-être serait-il convenable de rétablir la règle *paterna paternis* », disait au conseil d'État le consul Cambacérès, « pourvu que ses effets ne s'étendissent pas au delà des degrés de parenté assez proches pour que l'origine des biens ne soit enveloppée d'aucune incertitude. » Bigot-Préameneu défendait aussi la maxime coutumière, parce qu'elle lui paraissait fondée sur l'affection présumée du défunt; « dans tous les cœurs on trouve le désir que les biens d'une famille ne passent pas à l'autre ». (Procès-verbaux du conseil d'État, I, n° 17, Locré, p. 73-77.) Treilhard, faisant allusion à cette maxime, dit: « Nous n'avons pas dû rejeter ce qu'il pouvait y avoir de bon dans les usages des pays coutumiers. » (Exposé de motifs, n° 12.) Selon Siméon, « le *principe* de la *distinction* des biens était équitable, et c'étaient les difficultés de son application qui avaient dû la faire abroger. » (Discours, n° 16; Locré, p. 185, 285.) Au conseil

d'État, Berlier et Portalis se prononcèrent d'une manière absolue contre la règle *paterna paternis*, avec ou sans modification. Berlier dit que l'abolition de la règle a pour elle l'avantage d'une épreuve de neuf années et l'assentiment de presque tous les tribunaux consultés.

Les rédacteurs du code ont adopté la division en deux parts comme un terme moyen propre à concilier des usages opposés, et pour tempérer les effets de l'abolition de la règle *paterna paternis*, en restituant au moins la *moitié* des biens à la ligne d'où ils provenaient dans le cas où l'héritier le plus proche appartient à l'autre ligne. Ils se sont aussi guidés par l'idée que le défunt était présumé avoir une affection égale pour ses parents de l'un et de l'autre côté. (Chabot, Rapport, nº 21, Locré, p. 230.)

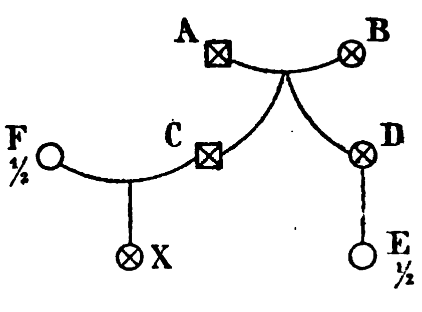
1299. Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes. Ce n'est donc qu'à défaut de parents au degré successible jusqu'au douzième degré, dans une ligne, que la succession est dévolue *pour la totalité* à l'autre ligne (art. 733, alin. 3, 755).

Tant qu'il y a des parents dans les deux lignes, chacune des deux moitiés est considérée comme une hérédité séparée et indépendante, dans laquelle la succession a lieu suivant l'ordre des classes et des degrés exposés aux nºˢ 1296 et 1297. Donc, une classe *antérieure* dans une ligne n'exclut une classe *postérieure* que dans la *même* ligne, mais elle ne l'exclut pas dans l'autre ligne.

(Dans tous les tableaux qui vont suivre les ○ désignent les mâles, les □ les femmes, et les ⊗ ⊠ les personnes décédées.)

Exemple :

X, le *de cujus*, laisse pour unique héritier, dans la ligne paternelle, son père F; et dans la ligne maternelle, son cousin germain E. F appartient à la deuxième classe, E à la quatrième (celle des collatéraux). La succession se divise en deux parts égales; F et E recueillent chacun la moitié.



Si E était décédé avant X, la moitié afférente à la ligne maternelle aurait été dévolue à F ; si F était décédé avant son fils X, E aurait recueilli la totalité de la succession.

On a reproché au système du partage en deux lignes, de conduire à des résultats évidemment injustes et contraires au principe de l'*affection présumée,* sur lequel l'ordre des successions est basé. Ainsi, comme on le voit par le tableau qui précède, le père de X pourrait se trouver en concours avec un parent du huitième, du neuvième, même du douzième degré, que le défunt n'aurait jamais vu ni connu, et ce parent serait présumé avoir occupé, dans le cœur de X, la même place que son père, et il partagerait avec le père la succession de son fils par part égale.

Ce reproche, au point de vue de l'*affection présumée,* est fondé. Le code aurait dû limiter les effets de la division en deux lignes, au moins dans le cas où le défunt a laissé encore son père ou sa mère, ainsi que l'a fait le code civil hollandais de 1838, article 906, lequel, tout en admettant la division en deux lignes, attribue la *totalité* de la succession au survivant des père et mère, si l'enfant est mort sans postérité et sans frères et sœurs et descendants d'eux. Il se fait donc, dans ce cas, une dévolution d'une ligne à l'autre.

Mais, il ne faut pas l'oublier, les auteurs du code n'ont pas suivi un système uniforme et arrêté (voy. n° 1252); et la disposition dont il s'agit est une conséquence de la division en deux lignes introduite pour empêcher que les biens d'une famille ne passent *entièrement* dans une autre. C'est donc un débris de l'ancienne règle *paterna paternis,* à laquelle l'affection présumée a été subordonnée dans ce cas.

1300. Le code a, par exception et contrairement à la loi du 17 nivôse an II, tempéré la règle de la division en deux parts, en faveur des *père* et *mère* seulement, lorsque l'un d'eux est en concours avec des collatéraux de l'autre ligne. Le survivant des père et mère a alors l'*usufruit* du *tiers* des biens auxquels il ne succède pas en propriété (art. 754). « C'est un moyen qui pourra leur procurer du soulagement dans l'âge des infirmités et des besoins », dit Treilhard. (Exposé de motifs, n° 18, Locré, p. 190.)

L'idée de ce tempérament se trouve dans l'ancien droit. Sui-

vant plusieurs coutumes, par exemple, celles de Paris, art. 314, d'Orléans, art. 316, le survivant des deux conjoints succédait « en usufruit à leurs enfants, aux conquêts faits pendant leur communauté, quoique devenus propres naissants du côté du prédécédé en la personne desdits enfants qui y avaient succédé au prédécédé. Cette succession était accordée comme une espèce de consolation de la perte que le survivant faisait de son vivant, *in solatium luctus*, et aussi parce que le survivant n'était pas étranger à ces biens, à l'acquisition desquels il avait contribué (*in præmium collaborationis*) ». (Pothier, *Successions*, chap. II, sect. II, art. 2.)

Cet usufruit est soumis aux règles ordinaires sur cette matière. L'usufruitier doit donc fournir la caution (art. 601); car l'usufruit des père et mère n'est pas établi sur les *biens de leur enfant*, mais sur les biens d'un *parent collatéral*, provenant de la succession de leur enfant.

Cet usufruit n'a pas lieu sur les biens que le parent collatéral de l'autre ligne recueille à titre de *légataire* du défunt, mais seulement sur la portion qu'il reçoit à titre d'héritier *ab intestat*.

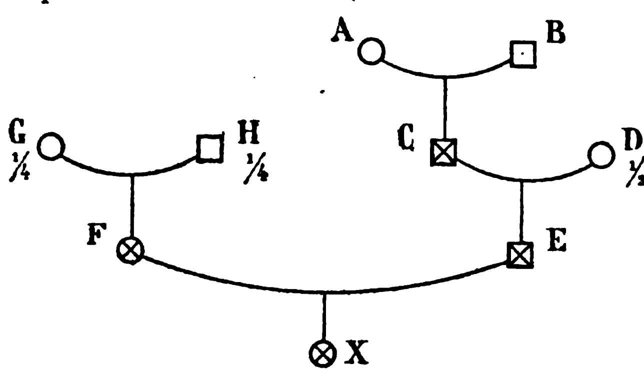
Mais les père et mère y auraient droit alors même que le défunt leur aurait laissé, outre leur portion *ab intestat*, un legs plus ou moins considérable. L'usufruit est toujours établi sur le *tiers* de ce que le parent collatéral prend *ab intestat*.

Mais l'usufruit n'existe que sur le tiers de ce que le parent collatéral recueille *en pleine propriété*, il n'est pas établi sur ce qu'il recueille seulement en *nue propriété*. Ainsi, si le père ou la mère survivant avait déjà à un autre titre, par exemple en vertu de son contrat de mariage, l'usufruit des biens échus aux parents collatéraux de l'autre ligne, il n'aurait pas droit à l'usufruit du tiers de la valeur de la nue propriété de ces biens. (Cass. belge, 10 juillet 1873, P., 1873, 298.)

1301. La première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degré, sauf le cas de représentation (art. 734, 741). La première division s'appelle aussi la *fente;* la subdivision entre les diverses branches, la *refente*. Le système des *refentes* était admis dans beaucoup d'an-

ciennes coutumes, dans les unes comme conséquence de la règle *paterna paternis*, et li fallait chercher dans chaque subdivision les parents paternels et maternels; dans d'autres, comme conséquence de la représentation admise à l'infini, même dans la ligne ascendante.

Exemple :



La succession de X se divise en deux parts; la moitié est dévolue, par portions égales, aux deux plus proches héritiers de la ligne paternelle, qui sont son aïeul G et son aïeule H. L'autre moitié échoit à la ligne maternelle. E, la mère de X, étant décédée, le plus proche ascendant de cette ligne est D, son aïeul maternel, qui prend l'autre moitié de la succession. S'il y avait *refente*, par suite de représentation, D n'aurait pris que le quart, et l'autre quart aurait été dévolu aux représentants de C, aïeule maternelle du défunt, c'est-à-dire à A et B, son bisaïeul et sa bisaïeule, qui l'auraient partagé par moitié, chacun 1/8 de la succession.

On a dit que les derniers mots de l'article 734 : « *sauf le cas de la représentation* », sont inexacts, parce que la représentation n'a pas lieu en lignes ascendante et collatérale. Mais la fin de l'article 734 se réfère à l'hypothèse où il y a des enfants de deux lits. La division de la succession s'opère alors par moitié entre les frères et sœurs du défunt, et, dans chacune de ces lignes, les frères et sœurs prédécédés sont représentés par leurs enfants, qui viennent concourir avec les frères et sœurs survivants de la même ligne (art. 742, 743) : le partage a donc alors lieu par souche, et non par tête. (Demol, t. XIII, n° 378.)

La fin de l'article 734 n'est donc pas incorrecte, comme le dit Marcadé, *ad* art. 734, n° II.

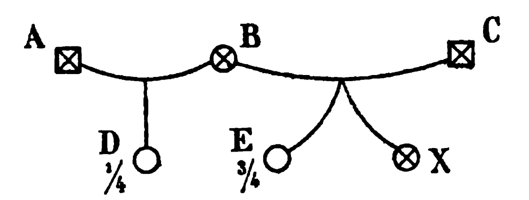
V. DE L'ABOLITION DU PRIVILÉGE DU DOUBLE LIEN.

1302. D'après le droit romain, Novelle 118, chap. III, les frères et sœurs consanguins et utérins ne venaient pas en concours avec les germains et leurs enfants; ils étaient exclus par eux et formaient la *troisième* classe, tandis que ces derniers appartenaient à la *deuxième* classe (voy. n° 1243). Les germains appartiennent à la fois à la ligne paternelle et à la ligne maternelle du défunt, ayant avec lui les père et mère communs. C'est pourquoi on appelait anciennement la préférence que la loi leur accordait : le *privilége du double lien.*

« Il ne fut reçu dans les coutumes qu'avec des modifications infiniment variées », dit Chabot, « soit à l'égard des personnes, soit à l'égard des biens auxquels il fut appliqué. Un grand nombre de coutumes l'ont rejeté, notamment celles de Paris et de Bordeaux; d'autres n'en ont pas fait mention; et celles qui l'ont reçu se divisent en *neuf* classes, à raison de leurs différences sur les personnes qu'elles admettent au privilége. » (Rapport au Tribunat, n° 22. Exposé des motifs, n° 16, Locré, 231, 188.)

Le code a maintenu l'abolition du privilége du double lien, déjà prononcée par la loi du 17 nivôse an II : « Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains; mais ils ne prennent part que dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à l'article 752. Les germains prennent part dans les deux lignes » (art. 733, alin. 2). Ce privilége a été considéré comme contraire à la justice et à la raison. « Comment serait-il raisonnable que l'individu qui est *parent d'un côté* n'eût pas au moins une portion *des biens attribués à la ligne par laquelle il tient au défunt,* s'il n'y a pas dans *cette* ligne un parent plus proche en degré? Pourquoi le frère germain aurait-il le droit de *tout* prendre dans la ligne où il se trouve un autre frère? » (Chabot, Rapport, n° 22.) Le double lien n'est pas *sans* influence sur le partage, mais il n'exclut pas ceux unis par le simple lien.

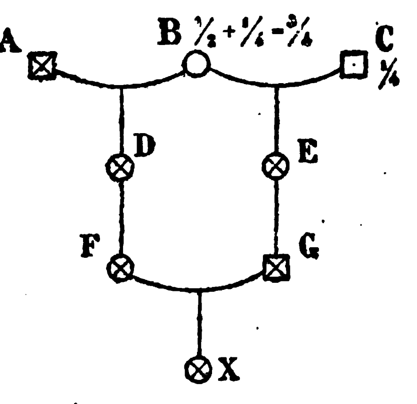
Exemple :



B a été marié deux mois ; D est issu du premier lit ; E et X sont enfants du second lit. X meurt. Conformément à la règle de l'article 733, alinéa 1er (voy. n° 1299), sa succession se divise en deux parts égales. E est le *seul* parent de la ligne maternelle, et prend, à ce titre, la *moitié ;* mais il a avec D un père commun, B ; donc la ligne paternelle est représentée par E et D, au même degré ; ils partagent donc par moitié ; D aura 1/4, E l'autre quart, ce qui fait, avec la moitié de la ligne maternelle, 3/4, parce qu'il a pris part dans les *deux* lignes.

1303. Autre exemple d'un double lien :

B s'est marié deux fois ; de chaque union est issu un enfant (D, E). F, fils de D, épouse G sa cousine, fille de E. X est l'enfant de ce mariage ; il meurt après ses père et mère F et G, et ses aïeul et aïeule D et E. B et C, bisaïeul et bisaïeule de X, survivent. Sa succession se divise par moitié ; B et C sont les seuls héritiers de la ligne *maternelle ;* ils sont au même degré, ils prennent donc chacun 1/4 ; B, seul héritier de la ligne *paternelle* de X, prend la moitié afférente à cette ligne, donc en tout 3/4 par suite du *double lien* de parenté qui le rattachait à X.

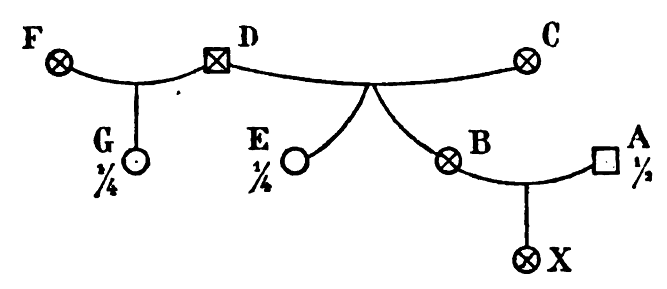


Si, dans le même cas, C était prédécédée à B, ce dernier prendrait *toute* la succession, la moitié comme ascendant paternel, l'autre moitié comme ascendant maternel.

1304. La règle exposée au n° 1301, suivant laquelle il ne se

fait plus de subdivision ou *refente* après la première division en deux parts, s'applique aussi au cas où, parmi les héritiers d'une ligne, il y a des enfants de deux lits, par conséquent double lien de parenté en faveur de quelques-uns d'entre eux. Alors, par suite de la règle énoncée, le double lien de parenté n'exerce aucune influence sur le partage.

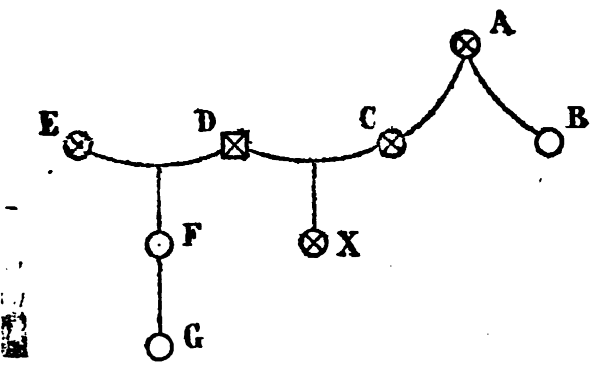
Exemple :



D a un fils, G, de son premier mariage avec F, et deux fils, E et B, de son second mariage avec C. B épouse A et procrée X, le *de cujus*. Sa succession se partage par moitié; l'une moitié est recueillie par A, sa mère, seule héritière de la ligne maternelle. L'autre moitié est dévolue à la ligne paternelle, représentée par les deux oncles du défunt, E et G, qui partagent par portions égales. S'il se faisait une subdivision ou *refente* entre E et G, le premier aurait pris d'abord un quart attribué à sa ligne paternelle, et il aurait partagé avec G l'autre quart, revenant à la ligne maternelle. E aurait donc eu 3/8 ; G, seulement 1/8.

Le même mode de partage devrait être suivi dans le cas où, à défaut de parents dans une ligne, la part afférente à cette ligne serait dévolue à l'autre. Ainsi, si, dans l'exemple proposé, A était décédée avant X, E et G partageraient sa succession par portions égales; chacun aurait la moitié.

1305. La règle énoncée au n° 1299, qu'il ne se fait de dévolution d'une ligne à l'autre qu'à défaut de parents au degré successible dans une ligne, reçoit exception en faveur des frères et sœurs utérins et consanguins et de leurs descendants, en ce qu'ils excluent, même dans la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas, tous les ascendants autres que les père et mère et tous les collatéraux de la quatrième classe.



X a un frère utérin F et son oncle paternel, B. D'après le principe de la division en deux lignes (art. 733, alin. 1er), B devrait recueillir la moitié afférente à la ligne paternelle, F celle de la ligne maternelle. Mais F prend toute la succession; la moitié de la ligne paternelle est dévolue à la ligne maternelle (art. 752). Il en serait de même si, au lieu de B, *oncle* paternel, A, l'*aïeul* paternel, était en concours avec F.

Il en serait encore ainsi si G, le fils de F, venait à la succession de X de son propre chef, sans représenter son père, par exemple en cas d'indignité ou de renonciation par ce dernier. Il exclurait également B ou A.

SECTION II.

DE LA REPRÉSENTATION (art. 739-744).

I. DÉFINITION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1306. « La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté » (art. 739); ou, pour parler plus correctement : « *dans la place, le degré et les droits que le représenté aurait s'il était encore vivant.* » (Exposé des motifs, n° 15; Locré, p. 187.)

Le droit romain admettait la représentation à l'infini en ligne

descendante, et jusqu'au premier degré seulement en faveur des enfants des frères et sœurs germains, consanguins et utérins.

Le droit coutumier ne l'admettait d'abord pas; le parent le plus proche excluait le plus éloigné; mais les parents corrigeaient la rigueur de la loi en rappelant par testament les petits-enfants sur la quotité disponible. Le roi Childebert, par son capitulaire de 595, art. 1er, ordonna la représentation au profit des petits-enfants issus de fils ou de fille, mais non au profit des enfants de frères et sœurs. « Mais cette ordonnance », dit E. De Laurière, « ne fut pas même observée par les peuples du royaume qui se gouvernaient par les lois romaines. » (Note sur Loysel, n° 321.) Néanmoins la représentation s'introduisit plus tard par l'influence du droit romain et par les mœurs. Du temps de Beaumanoir (mort en 1296), elle commençait à poindre dans quelques localités; du temps de Jean Des Mares (mort en 1383), elle n'avait pas encore lieu à Paris, ni en ligne directe, ni en ligne collatérale. Plus tard, elle devint presque générale. « *Jadis représentation n'avait point de lieu; maintenant elle est reçue quasi partout en ligne directe, et par beaucoup de coutumes en la collatérale, jusqu'aux enfants des frères* », dit Loysel, n° 321. *Quasi partout :* car il y avait encore, à la fin du siècle dernier, des coutumes qui rejetaient le droit de représentation même en ligne directe; celles qui l'admettaient en principe présentaient une diversité que Treilhard appelle affligeante. (Exposé des motifs, n° 14, Locré, page 186.)

La loi du 17 nivôse an II, article 77, admit la représentation à l'infini, même en ligne collatérale, afin de morceler autant que possible les fortunes; plus tard, les auteurs du code l'ont supprimée en ligne collatérale (excepté entre frères et sœurs), précisément pour empêcher une trop grande division des biens (Chabot, Rapport, n° 19, Locré, p. 227), et parce que ce serait contraire à l'affection présumée, qui a servi de base au système de représentation établi par le code. Il n'est pas équitable que la mort prématurée du père prive les enfants du bénéfice de la succession à laquelle il aurait été appelé s'il eût été vivant.

II. RÈGLES DU CODE.

A. *Qui peut succéder par représentation.*

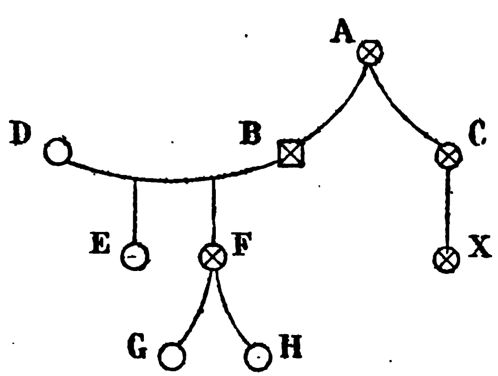
1307. La représentation a lieu *à l'infini* dans la ligne directe descendante. — Elle est admise dans tous les cas, soit que les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant prédécédé, soit que, tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou inégaux (art. 740). L'adage coutumier disait : « *Tant que la tige a souche, elle ne se fourche* », c'est-à-dire, tant que la ligne directe dure, la collatérale n'a point de lieu. (Loysel, n° 323.)

En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt, soit qu'ils viennent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que, tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux (art. 742).

La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants; le plus proche, dans chacune des deux lignes, exclut toujours le plus éloigné (art. 741). (Voy. *suprà*, n° 1301.)

Elle n'a pas lieu en ligne collatérale, excepté en faveur des enfants de frères et sœurs.

Exemple d'une succession en ligne collatérale :



X en mourant laisse pour tous parents E, fils de sa tante B, et G et H, petits-fils de la même. E est parent de X au quatrième

degré, tandis que G et H sont ses parents au cinquième degré; E les exclut parce que G et H, collatéraux de la quatrième classe, ne représentent pas leur père F. Si la représentation avait lieu en leur faveur, ils viendraient en concours avec E.

La représentation n'est pas admise en faveur des ascendants et des collatéraux de la quatrième classe, parce que plus les parents sont éloignés dans ces classes, plus l'affection s'affaiblit. (Chabot, Rapport, n° 19, Locré, p. 226.)

1308. Mais pour représenter il faut réunir les conditions nécessaires pour succéder au *de cujus;* ainsi, la représentation n'a pas lieu au profit de celui qui se serait rendu indigne envers la personne à laquelle il voudrait succéder. Par exemple, A est le fils de B et le petit-fils de X; il a attenté à la vie de son grand-père. X meurt après B. A est exclu de la succession de X pour cause d'indignité; il ne peut pas y venir par représentation de son père B.

1309. Un enfant adoptif ne peut pas représenter l'adoptant pour succéder aux parents de ce dernier, parce que la loi lui refuse tout droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350).

Mais les enfants légitimes du fils adoptif peuvent-ils représenter leur père, pour venir à la succession de l'adoptant? Cette question est controversée. (Voy. *infrà*, n° 1316.)

1310. Les enfants naturels reconnus ne peuvent représenter leur père ou leur mère, pour venir à la succession des parents de ces derniers, parce qu'ils n'ont aucun droit sur les biens des parents de leurs père et mère (art. 756); mais ils peuvent être représentés par leurs enfants légitimes (art. 759).

X

A B

C

D

1311. La représentation doit être immédiate; elle ne peut avoir lieu *per saltum et omisso medio;* c'est-à-dire il faut que le représentant puisse passer par tous les degrés intermédiaires.

Exemple :

X meurt laissant un fils A, un petit-fils C et un arrière-petit-fils D. C renonce à la succession de X, ou bien il en a été exclu comme indigne. D ne peut le représenter; il ne peut pas non plus sauter (*per saltum*)

par-dessus la tête de C pour entrer dans le degré de B ; il sera donc exclu par A. (Chabot, *Commentaire,* article 739, 4°.)

B. *Qui peut être représenté.*

1312. Tous les ascendants en ligne directe et dans la ligne de frères et sœurs peuvent être représentés. On ne représente pas les personnes *vivantes*, mais seulement celles qui sont mortes (art. 744), parce qu'on ne peut pas entrer dans la place de celui qui remplit son degré. On ne peut donc jamais représenter celui qui a survécu au *de cujus*.

De là il résulte que l'on ne représente pas celui qui a renoncé à la succession (art. 787) ni un indigne ; ce dernier est vivant, l'indignité ne pouvant être prononcée qu'autant que l'indigne ait survécu à l'ouverture de la succession (*suprà*, n° 1288).

Sur la représentation d'un absent, voy. n° 254.

1313. On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé, ou de la succession duquel on a été exclu pour indignité (art. 744, alin. 2). Car le représentant tient son droit de *la loi même*, et non du *représenté*. De plus, il y a un motif d'équité : on peut prendre une succession à laquelle on est appelé par la proximité du sang, sans être obligé d'accepter la succession onéreuse de celui qui était, de son vivant, le plus proche en degré. « Les enfants dont le père a été dissipateur trouvent dans la succession de leurs aïeux des moyens d'existence. Les créanciers du père ne peuvent s'en plaindre, puisqu'ils n'ont jamais eu de droits sur des successions qui ne sont échues qu'après la mort de leur débiteur, et qu'ils n'auraient pas plus d'avantages si les successions étaient recueillies par d'autres que les représentants de leurs débiteurs. » (Chabot, Rapport, n° 20, Locré, p. 229.)

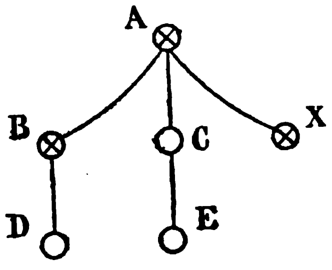
C. *Des effets de la représentation.*

1314. 1° La représentation a lieu de plein droit, à l'insu et même contre la volonté des représentants.

2° Le représentant entre dans tous les droits du représenté ; il

se trouve donc au *même* degré de parenté auquel le représenté se serait trouvé; il succède dans la classe du représenté conjointement avec les parents de ce degré, et exclut les parents d'un degré plus éloigné.

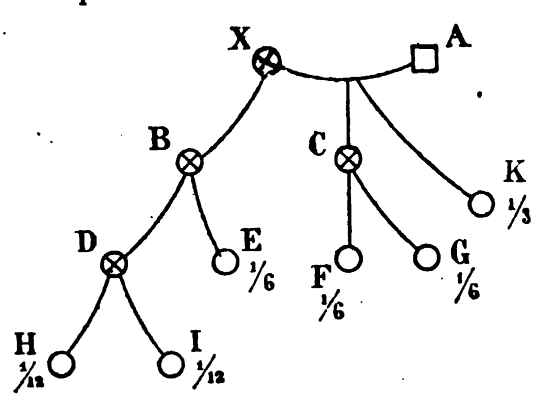
Exemple :



C est parent au deuxième degré de X; D, son neveu, au troisième degré; mais parce qu'il représente son père B, il est censé être aussi au deuxième degré, et succède concurremment avec lui à X. Si, dans le même tableau, C était indigne, son fils E ne le représenterait pas, et il serait exclu par D, parce que E venant de son chef est parent de X au *troisième* degré, tandis que D, par la représentation, serait réputé être au deuxième degré.

1315. 3° Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche; si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche, et les membres de la même branche partagent entre eux par tête (art. 743). La raison de cette disposition, c'est que les représentants ensemble ont bien les mêmes droits que le représenté, mais ils ne peuvent pas avoir *plus de droits* que lui.

Exemple :

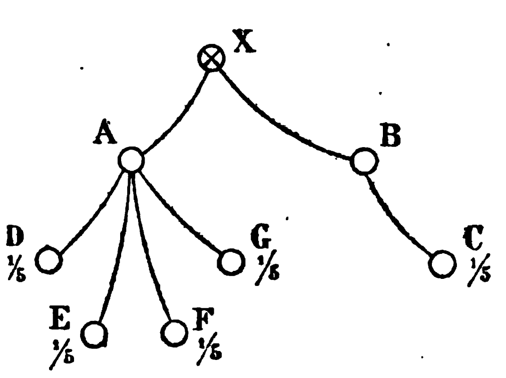


K prend 1/3. F et G prennent ensemble la part de leur père C dans la succession de X, c'est-à-dire 1/3, donc chacun 1/6; la souche B prend aussi 1/3, dont E prend la moitié, soit 1/6, et la branche D aussi la moitié, soit 1/6, lequel se partage par tête entre ses deux enfants H et I.

Si les parents au *même degré* venaient, non par représentation, mais de *leur* chef, ils partageraient par tête. « *En succession, tant directe que collatérale, dans les termes de représentation, on succède par lignes; et hors les termes de représentation, par têtes.* » (Loysel, n° 324.)

Exemple :

Les deux fils de X, A et B, sont tous les deux indignes ou renonçants ; leurs enfants viennent tous de leur chef à la succession de leur grand-père X; ils partagent par tête et prennent chacun 1/5; tandis que s'ils étaient venus par représentation, C aurait eu la moitié, part de son père B, et les quatre enfants de A auraient eu chacun 1/8, c'est-à-dire 1/4 de la moitié.



SECTIONS III, IV ET V.

DES DIVERSES CLASSES D'HÉRITIERS ET DE L'ORDRE SUIVANT LEQUEL ILS SONT APPELÉS (art. 745-755).

I. PREMIÈRE CLASSE.

1316. A cette classe appartiennent :

1° Tous les enfants légitimes du défunt et leurs descendants à l'infini ; ils succèdent à leurs ascendants sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages (art. 745, alin. 1).

2° Les enfants légitimés (art. 333 et *suprà*, n° 581).

3° Les enfants adoptifs. Ils restent dans leur famille naturelle et y conservent tous leurs droits. De plus, ils ont sur la succes-

sion de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y auraient les enfants nés en mariage; mais ils n'ont aucun droit de successibilité sur les biens des parents, donc des ascendants de l'adoptant (art. 348 et 350).

Les *enfants de l'adopté* n'ont aucun droit sur la succession de l'adoptant, ni de leur propre chef, ni par représentation de leur père, parce qu'ils ne sont pas *parents* de l'adoptant, et que l'adoption crée un lien purement personnel entre l'adoptant et son enfant adoptif. (Zachariæ, § 560, 2, 3°, note 6 ; Cass. fr., 10 nov. 1869, D., 1869, 1, 209. En sens *contraire* : Cass. belge, 11 nov. 1875; P., 1876, 19.)

1317. Ordre de succession. — Ils succèdent par égales portions et par tête, non-seulement lorsqu'ils sont *tous* au premier degré, mais toutes les fois qu'ils sont appelés de *leur chef*, même à un degré plus éloigné, par exemple si tous les enfants du premier degré sont indignes ou renonçants. Il succèdent par *souche* lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation (art. 745, alin. 2).

Les descendants d'un degré plus éloigné qui ne viennent *pas par représentation* sont exclus par les descendants d'un degré plus proche, ou du même degré, mais venant par représentation.

II. DEUXIÈME CLASSE.

1318. A cette classe appartiennent :

1° Les père et mère du défunt (ascendants privilégiés; art. 748, 749, 751).

2° Ses frères et sœurs germains, consanguins et utérins légitimes ou légitimés et leurs descendants à l'infini (les collatéraux privilégiés) (art. 750-753, alin. 1).

Les descendants des frères et sœurs germains, consanguins et utérins viennent dans la seconde classe, donc en concours avec les père et mère du défunt, non-seulement lorsqu'ils succèdent par *représentation*, mais aussi lorsqu'ils succèdent de *leur chef*. Ils excluent donc dans ce cas aussi les ascendants (excepté les père et mère) et les collatéraux de la quatrième classe. On ne doit pas tirer un argument pour l'opinion contraire des mots de l'article 751 ; « *ses frères, sœurs ou leurs* REPRÉSENTANTS. » Le mot *représentants* est ici synonyme de *descendants*, terme employé, dans

le même ordre d'idées, dans les articles 748, 753, alinéa 1, et 750; au reste, la fin de l'article 750 le dit : « Ils succèdent ou de *leur chef,* ou par représentation. »

Quant à l'*adopté,* il n'a aucun droit de succession sur les biens de ses frères adoptifs ou des descendants de l'adoptant, et ces derniers ne succèdent pas à leur frère adoptif, sauf l'exercice du droit de retour (art. 350, 351).

1319. Ordre de succession et manière de partager.

A. Du cas de concours avec les père et mère.

1° Lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères, des sœurs ou des descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre eux également. — L'autre moitié appartient aux frères, sœurs ou descendants d'eux (art. 748 et 751).

2° Dans le cas où la personne morte sans postérité laisse des frères, sœurs ou descendants d'eux, si le père ou la mère est prédécédée, la portion qui lui aurait été dévolue, conformément au précédent article, se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs ou à leurs représentants (art. 749 et 751).

3° Si les père et mère vivent et que l'un d'eux renonce à la succession, sa part se réunit à celle déférée aux frères et sœurs, et non à l'autre parent (art. 749). Car le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier, et il ne se fait pas de dévolution de la part du parent renonçant, par exemple du père, à la ligne de l'autre parent, c'est-à-dire de la mère (arg., art. 785, 733).

En cas de concours des père et mère avec des frères et sœurs du défunt ou avec des descendants d'eux, on procède au partage de la manière suivante : on fait d'abord deux parts égales ou deux lots, et on les tire au sort (art. 748, 831, 834); puis chacun de ces deux lots se subdivise : celui échu aux père et mère, en deux parts; celui des frères et sœurs, en autant de parts qu'il y a de souches.

Si le père ou la mère seulement a survécu, on fait d'abord quatre lots; on les tire au sort, et celui échu aux frères et sœurs se subdivise en souches et en branches, s'il y a lieu.

4° Si les père et mère sont prédécédés, les frères et sœurs du défunt ou leurs descendants sont appelés à la succession, à l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux. Ils succèdent

ou de leur chef ou par représentation suivant les règles exposées, *suprà*, nos 1307-1313 (art. 750).

1320. *B*. Du mode de partager entre les frères et sœurs.

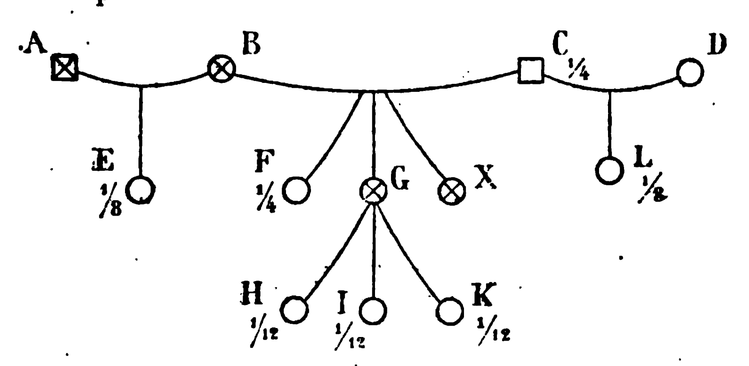
Il faut distinguer :

1° S'ils sont tous du même lit, le partage de la portion qui leur est dévolue suivant la diversité des cas prévus au numéro précédent s'opère entre eux par égales portions; leurs enfants et descendants succèdent par représentation, soit qu'ils viennent à la succession du défunt concurremment avec des oncles ou tantes, soit que, tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants aux degrés égaux ou inégaux (art. 742, 752).

L'article 742 a décidé une controverse de droit romain devenue célèbre et qui existait déjà du temps des glossateurs, en se prononçant pour l'opinion d'Accurse. Azon était d'avis que si la succession était dévolue *exclusivement* aux enfants de frères et sœurs, tous prédécédés, ils devaient la partager par tête et non par souche. Son opinion a été adoptée en Allemagne par une loi de l'Empire rendue sous Charles-Quint en 1529, § 31.

2° S'ils sont de lits différents, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt; les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins et consanguins chacun dans leur ligne seulement; s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne (art. 752, et *suprà*, n° 1305.)

Exemple :



X meurt. C, sa mère, prend d'abord 1/4. Les autres 3/4 se

partagent entre ses frères et leurs descendants. 3/8 appartiennent à la ligne paternelle (de B), dans laquelle se trouvent E qui prend 1/8, F qui prend 1/8 et les trois enfants de G, qui prennent aussi 1/8. 3/8 appartiennent à la ligne maternelle, dans laquelle se trouvent également F et les descendants de G (ils sont frères germains); ils prennent donc aussi chacun 1/8 dans la ligne maternelle. L appartient à la ligne maternelle seule, où il prend 1/8.

III. TROISIÈME CLASSE.

1321. Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession est dévolue à ses ascendants.

S'il y a des ascendants dans les *deux* lignes, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et les ascendants de la ligne maternelle.

L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche dans sa ligne recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres.

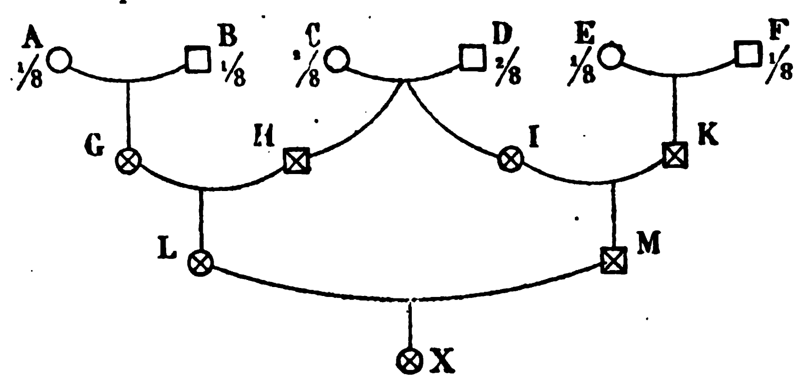
Les ascendants qui se trouvent au même degré dans la même ligne succèdent par tête (art. 746).

Exemple :

X laisse dans sa ligne paternelle son aïeul D, et ses bisaïeul et bisaïeule A et B. D, le plus proche ascendant, recueille la moitié de la succession afférente à la ligne paternelle du défunt. Dans sa ligne maternelle, X a laissé son aïeul G et son aïeule H, qui, se trouvant au même degré, partagent par tête la moitié afférente à la ligne maternelle.

1322. L'ascendant qui appartient aux deux lignes prend part dans les deux lignes.

Exemple :



L a épousé sa cousine germaine M; X est leur enfant. Il laisse pour héritiers : 1° les bisaïeul et bisaïeule pater-paternelle, A et B; 2° les bisaïeul et bisaïeule pater-maternelle, C et D; 3° les bisaïeul et bisaïeule mater-maternelle, E et F.

C et D appartiennent à la fois à la ligne paternelle et à la ligne maternelle du défunt; ils prennent donc part dans les deux lignes; c'est pourquoi ils prennent chacun *deux* huitièmes, tandis que A, B, E et F ne prennent chacun qu'*un* huitième.

1323. S'il n'y a d'ascendants que dans une ligne et des parents collatéraux dans l'autre, la succession est déférée pour moitié aux ascendants, et pour l'autre moitié aux parents collatéraux les plus proches de l'autre ligne (art. 753).

IV. QUATRIÈME CLASSE.

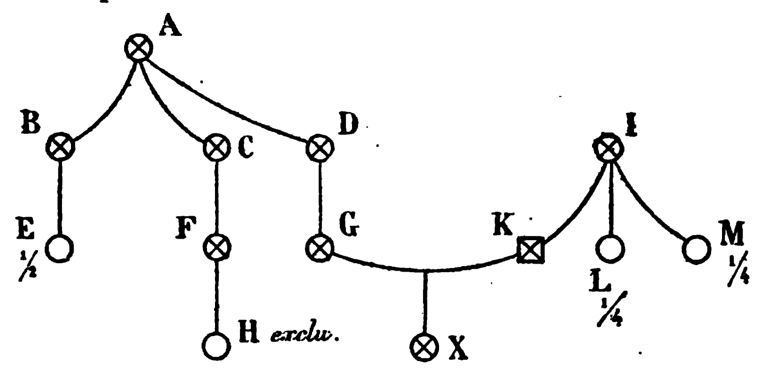
1324. Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, ni ascendants, les parents collatéraux jusqu'au douzième degré lui succèdent.

Ils peuvent être en concours avec des ascendants de l'une ou l'autre ligne. (Voy. n° 1323.)

Il peut y avoir des collatéraux dans les deux lignes. On divise alors la succession en lignes paternelle et maternelle. Dans *chaque* ligne, le parent collatéral le plus proche exclut ceux d'un degré plus éloigné, et les collatéraux du même degré partagent par tête (art. 753).

Il n'y a pas de représentation en ligne collatérale. (Voy. *suprà*, n° 1307.)

Exemple :



X laisse dans la ligne maternelle ses deux oncles L et M qui partagent la moitié maternelle par tête; chacun prend 1/4. Dans la ligne paternelle il laisse E, cousin germain de son père G, et H, enfant de F, également cousin germain de son père. H, parent au sixième degré de X, est exclu par E, qui est son parent au cinquième degré, et qui prend toute la moitié afférente à la ligne paternelle.

DU RETOUR SUCCESSORAL.

I. DÉFINITION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1325. Le droit de *retour* ou de *réversion*, en sens général, est le droit en vertu duquel des biens transmis à titre gratuit retournent sous certaines conditions à celui dont ils proviennent, ou à ses descendants.

Le droit de retour peut être *conventionnel* (art. 951, 952) ou *légal* (art. 747, 351, 352, 766).

Il peut être exercé à titre de révocation comme effet d'une *condition résolutoire*, ou à titre de *succession*; dans ce dernier cas, il est appelé *retour successoral*.

1326. L'article 747 du code porte : « Les ascendants succè-

dent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. — Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. »

Cette disposition se trouve placée dans les règles sur les successions *ab intestat*. Elle établit une véritable *succession à titre universel*, bien que la succession n'ait lieu que dans certains biens déterminés (*in re singulari*). De là il suit que tous les principes généraux sur les successions (nos 1253-1292) s'y appliquent.

Mais cette succession est indépendante de l'ordre et des degrés auxquels est dévolue la succession ordinaire.

1327. Le droit de retour se trouve dans les lois romaines, sans toutefois être la source du retour coutumier. La dot que le père ou l'ascendant paternel avait constituée à sa fille encore sous sa puissance retournait à lui (*ad patrem redire debet*) lorsque sa fille décédait avant lui. (Fr. 6, pr. D., *De jure dotium*, 23, 3; L. 4, C., *Soluto matrimonio*, 5, 18; L. 2, C., *De bonis quæ liberis*, 6, 61.) Primitivement ce retour était un effet de la puissance paternelle; plus tard il avait lieu aussi dans le cas où la fille donataire avait été émancipée. (Fr. 5, § 11, D., *De jure dotium*, 23, 1; fr. 10, fr. 59, D., *Soluto matrimonio*, 24, 3.) Les lois romaines ne subordonnaient pas le retour à la condition que la fille donataire fût décédée *sans enfants*, mais cette condition fut plus tard exigée par l'usage, conformément à l'opinion du glossateur Martin, combattue par celle de Bulgarus. (Voy. les notes de Gothofrède à la loi 4, C., *Soluto matrimonio*, 5, 18.) Ce retour avait un double but : d'abord d'empêcher que l'ascendant donateur ne fût doublement frappé par la perte de sa fille et parce que les biens qu'il lui avait donnés passeraient à d'autres personnes (*ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret*); ensuite d'encourager les donations en faveur de mariage.

La jurisprudence avait attribué au droit de retour le caractère juridique d'une *condition résolutoire*, avec tous ses effets rétroactifs.

Le retour légal, comme droit de succession, est d'origine cou-

tumière; il existait avant l'introduction du droit romain dans les pays de coutumes. Loysel, au n° 333, après avoir énoncé le principe : *les propres ne remontent point,* dit : « *Toutefois ce qui est donné aux enfants par leurs père ou mère, leur retourne quand il n'y a point d'enfants des donataires.* » (Coutume de Paris, article 313; d'Orléans, art. 315. Pothier, *Successions*, chap. II, sect. II, art. 3.) Beaumanoir (mort en 1296), chap. XIV, art 22, mentionne le retour comme une règle admise par le droit coutumier, mais encore contestée par quelques-uns. Une décision du Parlement de 1268, rapportée dans les *Olim.*, t. I, p. 716, constate que le droit de retour était conforme aux usages et coutumes de France : *Cum per usus et consuetudines Franciæ donum factum ab ipsa matre liberis suis, cum ipsa vivente absque liberis decesserint, ad matrem reverti debeat, tanquam ad stipitem.* (Voy. Warnkœnig, *Histoire du droit français*, t. II, n° 184, ouvrage allemand.) Cependant quelques coutumes ne l'admettaient pas.

Suivant presque toutes les coutumes, le droit de retour était considéré, non pas comme l'effet d'une condition résolutoire, mais comme un véritable *droit de succession*, que l'ascendant recueillait en qualité d'*héritier*.

Le droit intermédiaire n'avait pas admis le retour légal, mais seulement le retour *conventionnel*. (Arg. art. 74 de la loi du 17 nivôse an II.)

Les auteurs du code civil ont rétabli le droit de retour pour empêcher que ce que l'ascendant avait donné à son descendant ne passât dans une autre ligne.

II. DES PERSONNES AU PROFIT DESQUELLES LE RETOUR EXISTE, ET DES CONDITIONS DE CE DROIT.

A. *Du retour appartenant à d'autres personnes qu'à l'ascendant donateur.*

1328. 1° Si l'adopté meurt sans postérité légitime, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, retournent à l'*adoptant* ou à *ses descendants* (art. 351).

2° L'adoptant, si de son vivant l'adopté et *ses descendants eux-mêmes* mouraient sans postérité, succéderait *aux choses par lui*

données; mais ce droit est inhérent à sa personne, et n'est pas transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante (article 352).

3° Les enfants légitimes des père et mère d'un enfant naturel ont un droit de retour sur les biens reçus par lui de ses père et mère (art. 766).

B. *Spécialement du droit de retour de l'ascendant.*

1329. Le droit de retour existe en faveur de tout ascendant légitime, pour les choses qu'il a données entre vifs à l'un de ses descendants, mais seulement sous la condition que le donataire décède *sans postérité*, et *avant* le donateur. Au cas de décès *sans* postérité du donataire, il faut assimiler les cas où ses descendants *renoncent* à sa succession, sont *incapables* ou *indignes* de lui succéder. Ils sont alors considérés comme s'ils n'existaient pas.

La succession de l'ascendant a lieu aussi lorsque la donation a été faite à un descendant du deuxième, du troisième degré ou d'un degré ultérieur.

L'ascendant profite du droit de retour, soit qu'il soit appelé en même temps à la succession ordinaire du donataire, suivant les règles sur l'ordre des successions ordinaires, soit qu'un autre héritier passe avant lui; c'est ce qui est clairement exprimé par les mots : *à l'exclusion de tous autres*, dans l'art. 747, lesquels ont été ajoutés pour décider l'ancienne controverse sur le point de savoir si l'aïeul donateur pouvait reprendre les choses données à son petit-fils, à l'exclusion du père de ce dernier.

L'ascendant succède aux choses par lui données, quand même il renoncerait à la succession du donataire pour le surplus. Car il y a ici deux patrimoines ou successions distinctes, l'une que l'ascendant, s'il est héritier, recueille à titre héréditaire et *indépendamment du droit de retour;* l'autre composée des biens par lui donnés, qu'il recueille indépendamment de tout titre héréditaire.

1330. D'après ce principe, le droit de retour n'a pas lieu dans les cas suivants :

1° Au profit des *descendants* de l'ascendant donateur, moins

encore au profit de ses autres héritiers ou représentants, sauf le droit de *transmission* si l'ascendant donateur a survécu au donataire sans avoir exercé le droit de retour (art. 781).

2° Si le donataire ne *décède pas sans postérité;* donc s'il laisse des descendants légitimes, légitimés ou adoptifs, ou des descendants d'eux (art. 350, 747).

Il y a controverse sur le point de savoir si le retour a lieu lorsque le donataire laisse un enfant naturel reconnu. Suivant les uns, la postérité naturelle ne fait pas obstacle au retour légal (cass. fr., 9 août 1854, D., 1854, 1, 265 et la note); suivant d'autres, les enfants naturels écartent pour moitié l'ascendant donateur (arg. art. 757). La deuxième opinion est préférable. Car le mot *postérité* est général, et la loi accorde aux enfants naturels *des droits* sur les biens de leurs père ou mère décédés, sans distinction de l'origine de ces biens.

3° Le droit de retour ne s'exerce que dans la succession du donataire *lui-même*, et non dans celle de ses descendants, quand même ces derniers seraient décédés sans postérité après le donataire et avant le donateur. La question est controversée. Maleville et les autres partisans de l'opinion contraire invoquent l'ancien droit. Mais l'ancien droit n'était pas uniforme; le *texte* du code repousse cette opinion. Puis, le retour successoral est anomal comme contraire au principe de l'article 732, et les anomalies sont de stricte interprétation. On ne peut pas argumenter par analogie de l'article 352; la raison de la différence entre ce cas et celui de l'article 352 est sensible. Car les biens qui ne font pas retour à l'ascendant donateur restent toujours dans la famille de son descendant légitime; mais ceux qui ne retournent pas à l'adoptant sortent de sa famille pour passer dans la famille de l'adopté. C'est pourquoi l'adoptant a un droit de retour sur les choses par lui données qui se trouvent encore dans la succession des descendants de l'adopté. (Cass. fr., 20 mars 1850, D., 1850, 1, 145).

III. DES BIENS SOUMIS AU DROIT DE RETOUR.

1331. Sont soumis au retour légal : tous les biens *transmis entre vifs à titre gratuit* par l'ascendant à son descendant, donc aussi ceux donnés à titre d'avancement d'hoirie, ou à titre de

partage d'ascendant, ou par contrat de mariage (art. 1076, 1081 et suiv.) Ces biens constituent une *universalité juridique*, *universitas juris*. Bien qu'une donation entre-vifs ne puisse avoir pour objet une universalité de biens, rien ne s'oppose à ce que la loi considère les biens donnés comme une universalité juridique sous le rapport du retour successoral.

Mais il faut que les biens se retrouvent en *nature dans la succession,* ou bien que le prix *en soit encore dû*, ou qu'il y ait lieu à une *action en reprise* (art. 747, 351, 766). Les biens doivent être repris dans l'état où ils se trouvent.

1332. Conséquences et applications de ce principe.

Le droit de retour comprend :

1° Les biens meubles ou immeubles qui se retrouvent *en nature*, ainsi que les accessoires et les accessions de ces biens, et les fruits non perçus à l'époque du décès du donataire, sauf récompense pour les frais de production des fruits. Le donateur profite des accessions *naturelles*, par exemple des alluvions, sans devoir une indemnité à la succession du défunt; mais il devrait une indemnité à raison des améliorations et augmentations faites par le donataire; de ce chef, la succession ordinaire serait créancière de la succession dévolue à l'ascendant.

Il ne peut pas demander une indemnité pour les détériorations ni pour la moins-value, parce que le donataire avait le droit de disposer de la chose comme il l'entendait.

2° Si ces biens ont été aliénés, le *prix qui peut en être dû* (article 747). Mais le retour cesse si le prix a été payé, bien qu'il ait été employé au payement des dettes du donataire.

3° L'*action en reprise* réelle ou personnelle, par exemple l'action en nullité fondée sur le dol, la violence, l'erreur, la lésion, la minorité; l'action résolutoire du chef du réméré ou de la condition résolutoire sous laquelle le donataire aurait aliéné la chose donnée (art. 1183, 1304, 953, 1302, 1659 et suiv., 1674 et suivants).

1333. 4° Quant aux biens donnés que le donateur avait aliénés et remplacés par d'autres biens, par exemple, par un échange, il y a grande controverse. Les biens acquis en remplacement de ceux aliénés prennent-ils la place de ces derniers, et sont-ils soumis au droit de retour?

Il y a trois systèmes d'interprétation de l'article 747. Quelques auteurs l'interprètent *restrictivement* et ne soumettent au droit de retour que les choses qui se retrouvent encore *réellement* et pour ainsi dire *identiquement en nature*, et selon eux les biens acquis en remploi et avec les valeurs provenant de la donation, par exemple les immeubles acquis en remploi ou en échange de ceux aliénés, n'y sont pas soumis, parce que s'il est vrai que la valeur de la chose se trouve dans la succession, la chose donnée *elle-même* ne s'y trouve plus en nature. Ainsi, par exemple, quand une somme d'argent ou une quantité de blé a été donnée, et qu'il se trouve dans la succession une pareille somme ou quantité, elle n'est pas frappée du retour, à moins que l'*identité même* de la chose ne soit prouvée. (Marcadé *ad* 747, n° V; Demante, *Cours analytique*, III, n° 58.)

D'autres donnent à l'article 747 une interprétation très-extensive, et ils arrivent à la conséquence que le droit de retour existera presque toujours lorsque la succession du donataire offrira la valeur des choses données, sans que l'on puisse même en démontrer la provenance. C'est l'opinion de Maleville.

D'autres distinguent et admettent le retour lorsque les biens donnés ont été remplacés par d'autres biens dont l'*origine est certaine*, et qui n'*ont pas été confondus* avec le restant de l'hérédité. Ils invoquent l'adage : *in judiciis universalibus pretium succedit in loco rei, vel res loco pretii*, l'analogie avec le cas d'échange d'un immeuble dotal (art. 1559) et les règles de l'ancien droit sur les successions dans les propres. (Duranton, éd. belge, III, n°s 233, 240; Chabot, art. 747, n° 22; Zachariæ, § 608, 2°, p. 391, note 3.)

1334. Nous croyons la première opinion la mieux fondée. Elle est conforme au texte de la loi. La seconde et la troisième opinion partent de l'idée que la position de l'ascendant donateur vis-à-vis de la succession du donataire est la même que celle de l'absent étant de retour à l'égard de l'envoyé en possession définitive. Mais il y a une grande différence entre ces deux positions, et cette différence résulte surtout de la rédaction de l'article 132, tout autre que celle de l'article 747. Les quelques mots prononcés au conseil d'État à l'occasion de l'article 747 confirment l'opinion que nous défendons.

Le projet présenté par la commission nommée par le gouvernement, le 24 thermidor an VIII, ne disait rien du droit de retour de l'ascendant. L'article 31 du projet présenté par la section de législation au conseil d'État était ainsi conçu :

« Les ascendants succèdent toujours, et à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants, lorsque les donataires sont décédés sans postérité. »

Cette rédaction aurait pu justifier l'opinion que nous combattons.

Au conseil d'État, Tronchet dit : « La réversion des *meubles et immeubles trouvés en nature* ne souffre point de difficultés ; mais il y aurait *remploi* des choses aliénées. Ensuite ce mot *choses* exprime-t-il les choses mobilières et les sommes d'argent? » Treilhard dit que la section a entendu appliquer la réversion à toutes les choses données qui se trouveraient *en nature* dans l'hérédité. A une observation de Maleville que le père doit reprendre sur les biens du mari les sommes d'argent qu'il aura constituées en dot à sa fille lorsqu'elles ne se retrouveront pas en nature dans sa succession, Treilhard répond que le droit de retour embrasse tout ce qui existe *en nature*, ou, en cas d'aliénation, l'*action en payement du prix qui peut encore être dû*, et, par la même raison, l'*action en reprise* qui pouvait appartenir à la donataire sur les biens de son mari.

Après une observation sur l'opinion de Maleville, le consul Cambacérès dit qu'il est utile de ne plus laisser subsister de difficulté sur la manière d'entendre l'article, et l'article est renvoyé à la section de législation chargée d'en réformer la rédaction.

Regnaud demande encore si le père aura un droit de retour, dans le cas où le fils aura vendu un immeuble reçu en dot et en aura *employé* le prix dans le commerce. Tronchet répond que *ce* droit n'appartient au père qu'autant qu'il a *stipulé* le retour; et Treilhard ajoute que, si le père n'a pas pris cette précaution, le fils a eu tellement le droit de disposer, qu'il a même pu donner. (Procès-verbal de la séance du conseil d'État du 2 nivôse an XI, 23 décembre 1802, n° 9, Locré, p. 86-87.)

Après cette discussion, l'article 747 a été rédigé tel qu'il est dans le code,

La pensée du législateur ressort à l'évidence de cette discus-

sion. Pour que le droit de retour puisse avoir lieu, les biens doivent se trouver *en nature* dans la succession du donataire, ou bien le prix doit en être encore dû, ou le donataire doit avoir une action en reprise. Le droit de retour, beaucoup plus étendu d'après la rédaction *primitive* de l'article, a été renfermé dans ces limites. (Demolombe, XIII, nos 539-548.)

Il est inutile de discuter les nombreuses questions d'application qui se rattachent à cet article. Elles doivent être résolues d'après le *principe* de l'interprétation restrictive.

1335. De la règle que les biens donnés doivent se retrouver en nature dans la succession, il suit que le droit de retour n'a pas lieu dans les cas suivants :

1° Si les objets donnés ont été perdus ou détruits, peu importe que ce soit par la faute ou sans la faute du donataire; s'ils ont été confondus avec ses autres biens sans laisser une trace de leur origine, ou lorsqu'ils ont été aliénés sans que le prix en soit encore dû. Il en serait encore ainsi quand même le prix payé aurait servi à l'extinction des dettes du donataire.

2° Si le donataire en a disposé par donation entre-vifs ou à cause de mort. Car la succession testamentaire l'emporte sur la succession *ab intestat*, et les biens donnés ou légués ne se trouvent plus dans la succession.

3° Si les choses aliénées par le donataire sont de nouveau rentrées dans son patrimoine à un *autre* titre onéreux ou gratuit; par exemple, si, après les avoir vendues, il les avait plus tard rachetées ou acquises par donation ou par legs. Car les biens n'ont plus alors le caractère de biens donnés par l'ascendant, à moins qu'ils ne soient rentrés dans le patrimoine en vertu d'une condition résolutoire ou de la nullité de l'acte d'aliénation (articles 1184, 1660). Il en était de même dans l'ancien droit.

Sans doute, il en serait autrement si l'aliénation avait été simulée ou faite en fraude du droit de retour.

IV. EFFETS DE L'EXERCICE DU DROIT DE RETOUR.

1336. L'ascendant doit prendre les choses dans l'état où elles se trouvent, sans avoir droit à une indemnité du chef des détériorations; toutes les aliénations faites par le donataire et tous

les droits réels qu'il a établis sur la chose sont valables. Ce n'est point en vertu d'une condition résolutoire, mais comme *héritier* et à titre *universel* que l'ascendant donateur succède. Il doit contribuer aux dettes de la succession du donataire jusqu'à concurrence de la valeur des objets qui lui font retour, eu égard à la valeur de la *totalité* de la succession (arg. art. 351, alin. 1).

CHAPITRE IV.

DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES.

DÉFINITION, ORDRE DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES.

1337. Les successions irrégulières sont celles qui ne sont pas fondées sur le lien légitime de famille. Pour ce motif, les successeurs irréguliers ne sont pas appelés *héritiers*, mais ils succèdent à *titre universel*, sauf les hospices.

Les snccesseurs irréguliers sont dans l'ordre qui suit :

1° Les enfants naturels;

2° Les père et mère de l'enfant naturel;

3° Les frères et sœurs naturels de l'enfant naturel (art. 766);

4° Le conjoint survivant;

5° L'État;

6° Dans certains cas, les hospices.

En général, les successeurs irréguliers ne viennent à l'hérédité *qu'à défaut* d'héritiers; il y a exception en faveur des enfants naturels, qui succèdent concurremment avec les héritiers légitimes. L'article 723 du code est donc inexact en disant d'une manière absolue que c'est *à défaut d'héritiers légitimes* que les biens passent aux enfants naturels..

I. DES DROITS DES ENFANTS NATURELS SUR LES BIENS DE LEUR PÈRE OU MÈRE.

A. *Introduction historique et caractère juridique du droit des enfants naturels.*

1338. Nous avons exposé, aux nos 582-584, l'histoire des lois concernant la position personnelle et les droits de succession des enfants naturels.

Les rédacteurs du code ont reconnu que la législation ancienne était injuste et barbare à leur égard; mais en même temps ils ont déclaré que les lois intermédiaires les avaient traités trop favorablement, en les assimilant aux enfants légitimes; qu'il fallait donc concilier le droit de la nature, qui réclame pour eux une portion du patrimoine paternel, avec l'ordre social, qui s'oppose à ce qu'ils la reçoivent dans les mêmes proportions et au même titre que les enfants légitimes. (Exposé de motifs, n° 21; Chabot, Rapport, n° 28; Siméon, Discours, n° 25, Locré, p. 191, 247, 292.)

Les auteurs du code, sur cette matière, n'ont trouvé dans le passé ni traditions ni enseignements pour éclairer la voie qu'ils ouvraient; leur œuvre constitue presque de tout point une création nouvelle. (Demolombe, XIV, n° 2.)

1339. Les enfants naturels ne sont point *héritiers;* ils n'ont donc pas la *saisine;* mais la loi leur accorde des droits sur les biens de leurs père et mère lorsqu'ils ont été légalement *reconnus.* (Voy. *suprà,* nos 585-614.) Ces droits sont fondés sur l'obligation des père et mère de pourvoir à la subsistance de ceux à qui ils ont donné le jour. (Voy. *suprà,* n° 371.) Cette obligation n'existant pas de la part des *parents* de leurs père et mère, les enfants naturels n'ont aucun droit de succession sur les biens de ces parents (art. 756). Mais le droit de l'enfant naturel n'en est pas moins un *véritable droit héréditaire,* qui est, sauf la quotité et la saisine, de même nature que le droit des héritiers légitimes, et qui est régi par les mêmes principes. L'enfant naturel est *hæredis loco,* et son droit n'est pas seulement une *créance,* comme le portait le projet primitif. (Demolombe, XIV, nos 27 et suiv.) Ainsi, il est *copropriétaire* des biens de la succession (art. 711); il peut

intenter l'action en partage, attaquer les ventes faites par les héritiers avant le partage; il profite du droit d'accroissement, du rapport, etc. (Cass. fr., 28 juin 1831 et 2 mars 1875; D., 1875, 1, 153).

Les droits de l'enfant naturel sont les mêmes à l'égard du père qu'à l'égard de la mère qui l'a reconnu ; ils sont les mêmes en cas de reconnaissance forcée ou judiciaire qu'en cas de reconnaissance volontaire. La loi ne distingue pas.

La partie des biens que la loi attribue à l'enfant naturel doit être calculée sur la *totalité* de la succession.

L'enfant naturel succède à ses propres *descendants* comme s'il était enfant légitime.

B. *De la quotité des droits de l'enfant naturel.*

1340. Le principe qui a guidé le législateur est celui-ci : la quotité attribuée à l'enfant naturel varie selon la qualité des héritiers avec lesquels il doit concourir. Plus la classe des héritiers en concours est favorable, moins la portion de l'enfant naturel est forte (art. 757).

En établissant ce principe, la loi ne se sert pas des mêmes termes dans lesquels nous l'avons énoncé. La *lettre* de l'article 757 ne parle pas de l'hypothèse du *concours* entre les héritiers légitimes et l'enfant naturel; il dit simplement : si le père ou la mère a *laissé* des descendants, ou s'ils ne *laissent* pas de descendants, etc. De ces termes quelques jurisconsultes ont conclu que c'est l'*existence seule* des parents de telle ou telle catégorie qui détermine la quotité de l'enfant naturel, quand même ils ne viendraient pas en *concours* avec lui à la succession. Ainsi, par exemple, si le seul enfant légitime renonce à la succession, et qu'un parent collatéral de la quatrième classe y soit appelé, la part de l'enfant naturel serait la même que si l'enfant légitime eût accepté la succession, c'est-à-dire d'un sixième et non des trois quarts de toute la succession. (Paris, 6 août et 2 déc. 1872. D., 1874, 2, 95; 1873, 2, 116.)

Cette idée nous paraît tout à fait erronée. Quant au *texte* de la loi, seul argument qu'elle puisse invoquer, il ne décide rien; car souvent le législateur, en se servant simplement des mots *a laissé*,

veut dire : a laissé comme *héritiers venant réellement* à la succession; par exemple, dans les articles 746, 913, 915, 922. Mais elle est certainement contraire à l'*esprit* de la loi. Car ce n'est pas en *haine* de l'enfant naturel que la loi a limité son droit successoral; bien au contraire, tous les travaux préparatoires démontrent que les auteurs du code lui étaient favorables, et que s'ils ont restreint sa portion, c'est uniquement en faveur du mariage et dans l'*intérêt des héritiers légitimes*, en suivant l'échelle de la proximité de leur parenté avec le défunt. Or, si l'intérêt des héritiers légitimes, dans la mesure où il est protégé, ne souffre pas par le concours de l'enfant naturel, toute raison de restreindre ses droits vient à cesser. Puis, cette opinion est contraire à l'article 785 : l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier; et il en est de même de l'indigne. Enfin, elle conduirait à des conséquences qui blessent la raison autant que le sentiment naturel d'équité. Supposons que le père de l'enfant naturel ne laisse ni conjoint ni d'autre parent qu'un enfant légitime; cet enfant renonce à sa succession. Puisque le père *a laissé* un enfant légitime, l'enfant naturel ne pourrait recueillir qu'un sixième de la succession. Que deviendraient les autres cinq sixièmes? Ils seraient vacants et appartiendraient à l'*État !*

Disons donc que la portion de l'enfant naturel dépend de la qualité des héritiers avec lesquels il est *réellement en concours*, et que ceux qui ont renoncé à la succession, ou qui en ont été exclus comme indignes, sont considérés comme n'ayant jamais existé à son égard. (Demolombe, n[os] 49-54.)

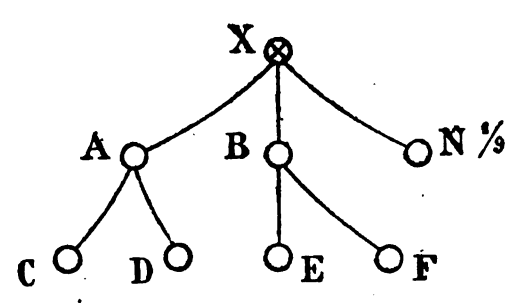
1341. Toutefois, pour régler le droit de l'enfant naturel conformément à ce principe, la loi n'observe pas strictement l'ordre des quatre classes que nous avons exposé ci-dessus, n° 1296. Elle distingue quatre hypothèses.

I. Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, le droit de l'enfant naturel est d'*un tiers de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime.*

Il en est de même si le père ou la mère ont laissé des enfants légitimés ou adoptifs (arg. art. 350).

A et B sont les enfants légitimés de X; N est son enfant naturel. Si N eût été légitime, il aurait eu un tiers de la succession de X; il a le tiers du tiers, donc 1/9.

Si A avait été indigne de succéder, N, en concours avec B seul, aurait eu la moitié s'il eût été légitime; donc il prendrait 1/6.



Si A et B étaient décédés avant X, C D et E F viendraient par représentation, et N aurait 1/9.

Si A et B étaient indignes ou renonçants de sorte que leurs enfants ne pourraient venir que de *leur chef,* N aurait *un tiers;* car s'il eût été légitime, il aurait exclu C D et E F, et aurait recueilli la *totalité* de la succession. (Voy. le nº 1340.)

1342. Comment faut-il supputer la portion de chaque enfant naturel lorsqu'il y en a plusieurs?

Il y a divers systèmes pour calculer cette portion. La manière la plus généralement reçue par les auteurs et par la jurisprudence à cause de sa grande simplicité est celle-ci, bien qu'elle ne soit pas conforme à la lettre de la loi : on calcule la portion de chaque enfant comme si *tous les enfants* étaient légitimes, et on divise alors la portion des enfants naturels par 3. Par exemple : il y a deux enfants légitimes et deux enfants naturels. La succession est de 12,000 francs; si tous les enfants étaient légitimes, chacun aurait 1/4, soit 3,000 francs. On divise par 3 la portion de chaque enfant naturel; il aura donc 1/12, soit 1,000 francs, et les deux enfants légitimes auront chacun 5/12. Ce mode de calculer n'est pas exact, parce qu'il donne à chacun des enfants naturels ce qu'il devrait avoir, si *tous les autres enfants du même père eussent été légitimes*. Mais comme la portion de l'enfant légitime est plus forte que celle de l'enfant naturel, il s'ensuit que, en supposant le même nombre d'enfants, la portion de chaque enfant augmente en raison du nombre des enfants naturels, et qu'elle diminue en raison directe du nombre des enfants légitimes.

Un autre système, mais plus faux encore, est celui-ci : on donne

à chacun des enfants naturels 1/3 de la portion d'un enfant légitime. Exemple : 2 légitimes, 2 naturels. Chaque légitime aura 4,500 francs ou 9/24 ; chaque enfant naturel, 1,500 francs ou 3/24. (Voy., sur d'autres systèmes, Demolombe, XIV, nos 67-71.)

1343. II. Le défunt laisse des ascendants ou des frères et sœurs; l'enfant naturel prend la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. S'il eût été légitime, il aurait pris la totalité de la succession, donc il prend la moitié de toute la succession, quel que soit le nombre des héritiers avec lesquels il est en concours. *Plusieurs enfants* naturels partagent cette moitié par tête.

Il y a forte controverse sur le point de savoir si l'enfant naturel prend seulement la moitié ou bien les trois quarts, lorsqu'il est en concours avec les descendants des frères et sœurs. Il faut distinguer deux cas :

A. Si le père de l'enfant naturel a laissé des frères ou sœurs et des descendants de frères ou sœurs prédécédés, on est d'accord qu'alors ces derniers doivent venir par représentation en concours avec leurs oncles et tantes.

B. Le père de l'enfant naturel n'a laissé que des descendants de frères ou sœurs. Le doute est très-sérieux.

Les auteurs qui attribuent à l'enfant naturel les trois quarts invoquent surtout le *texte* de la loi, qui ne parle pas des descendants des frères ou sœurs. Nous devons ajouter à cet argument que, même dans les travaux préparatoires et dans les divers discours, il n'est pas fait une *seule fois*, pas même en passant, mention des descendants de frères ou sœurs. Cette circonstance pourrait être de nature à laisser supposer une prétérition intentionnelle. Les partisans de ce système ajoutent qu'il est conforme au principe de faire dépendre la portion de l'enfant naturel du degré de parenté des héritiers avec lesquels il est en concours; que les règles des articles 742, 748, 749 et 750, qui assimilent aux frères et sœurs leurs descendants, ne sont applicables qu'à la succession des héritiers légitimes entre eux, mais non lorsqu'il s'agit de régler les droits des héritiers légitimes à l'égard de l'enfant naturel.

Malgré ces raisons, l'opinion qui ne donne à l'enfant naturel que la moitié de la succession doit prévaloir. Voici ces motifs :

1° Les travaux préparatoires du code. La rédaction primitive

de l'article 757 donnait à l'enfant naturel la moitié s'il était en concours avec des *ascendants*, sans parler des frères et sœurs. Au conseil d'État, Maleville fit remarquer que les trois quarts de la portion héréditaire étaient trop pour les enfants naturels lorsqu'ils étaient en concurrence avec les frères et sœurs du défunt; que d'ailleurs l'article *n'était pas concordant avec la disposition qui règle le concours dans les successions entre les ascendants et les frères;* et le consul Cambacérès proposa de ne donner aux enfants naturels que la moitié de la portion héréditaire, quand il existe des frères et sœurs du défunt. Cet amendement du consul fut adopté. (Deuxième procès-verbal du conseil d'État, n° 18, Locré, p. 90-91.) Il ressort de cette discussion que l'article 757 a été modifié pour le faire concorder avec la préférence accordée aux frères et sœurs sur les ascendants dans les successions légitimes. Or, les descendants de frères et sœurs appartiennent aussi à la deuxième classe des héritiers, comme les frères et sœurs eux-mêmes; ce serait donc peu logique que de les traiter ici moins favorablement que les ascendants, qui sont héritiers de la troisième classe.

2° Il est vrai, comme on l'a dit, que le chapitre IV traite des successions *irrégulières,* qui ont leurs règles spéciales. Mais lorsque à une hérédité sont appelés à la fois des héritiers légitimes et des successeurs irréguliers, la succession n'est *irrégulière* qu'à l'égard de ces *derniers,* et elle est tout à fait *régulière* quant aux *premiers.* Les règles spéciales sur les successions irrégulières ne s'appliquent donc qu'à l'enfant naturel, mais les héritiers légitimes restent soumis aux règles sur les successions régulières, et d'après ces règles les descendants de frères et sœurs forment avec ceux-ci un ordre à part qui prime les ascendants.

3° Notre opinion invoque encore le droit de représentation (art. 742). Cet argument n'est pas sans valeur, mais il n'est pas décisif. Car, par les raisons qui précèdent, nous devons admettre que l'enfant naturel n'aurait que la *moitié* de la succession, quand même les descendants des frères et sœurs viendraient en concours avec lui de *leur propre chef,* sans le secours de la représentation, par exemple en cas d'indignité ou de renonciation.

4° Enfin, on a souvent invoqué une phrase qui se trouve dans

l'Exposé de motifs de Treilhard, à la fin du n° 21 (Locré, p. 191) : « Ils ne partageront pas avec les enfants légitimes le titre d'héritier : leurs droits sont réglés avec sagesse, plus étendus quand leur père ne laisse que des collatéraux, plus restreints quand il laisse des enfants légitimes, des frères ou DESCENDANTS. »

L'exactitude de cette phrase, reproduite ainsi dans toutes les éditions des travaux préparatoires du code, n'a jamais été révoquée en doute; et pourtant elle est erronée. Le mot *descendants* est une faute d'impression; le manuscrit de Treilhard porte *ascendants*, ainsi que l'on s'en est convaincu lors d'une vérification récente, faite à la demande de M. Goemaere, avocat à Gand. (Voy. *Belgique judiciaire*, t. 25, p. 145-148.) L'Exposé de motifs laisse donc la question indécise.

M. Demolombe fait observer avec raison que le système contraire aboutirait aux inconséquences les plus choquantes. Ainsi, par exemple, si le *de cujus* laissait un enfant naturel, un aïeul et un neveu, quelle serait la part de l'enfant naturel? Des trois quarts? Non, car il y a un ascendant. De la moitié? Mais alors le neveu aurait cette moitié tout entière à l'exclusion de l'aïeul. L'aïeul produirait donc une réduction dont il ne profiterait pas. (Demolombe, n° 75.)

Nonobstant les raisons qui précèdent, la jurisprudence continue de pencher pour le système opposé et elle l'a consacré en Belgique et en France par plusieurs décisions récentes. (Voy. Gand, 20 février 1867, confirmé par Cass. belge, 21 novembre 1868, B. J., t. 25, p. 345 et t. 27, p. 8 et les notes; Liége, 29 février 1868, B. J., t. 26, p. 500 et la note; Paris, 14 juillet 1871, D., 1872, 2, 65; Douai, 4 mai 1874 et Cass. fr., 4 janvier 1875, D., 1875, 2, 15; 1, 487.)

Si le défunt ne laissait d'ascendant que dans *une ligne*, et pas de parent au degré successible dans l'*autre*, l'enfant naturel n'aurait que la 1/2, parce que la part de l'autre ligne est dévolue aussi à l'ascendant. Ce point est à peine controversé. (Voy. *suprà*, n° 1299.)

1344. Mais il y a controverse plus sérieuse dans le cas où le défunt ne laisse d'ascendants que dans *une* ligne, et des collatéraux de la quatrième classe dans l'autre. D'après quelques auteurs, l'enfant naturel ne prend toujours que la *moitié* de la totalité. (Zachariæ, § 605, 2°.)

Suivant d'autres, il prend la 1/2 de la 1/2 revenant à la ligne dans laquelle se trouve l'ascendant, et les 3/4 de la moitié afférant à la ligne à laquelle appartient le parent collatéral. Cette dernière opinion est plus juste. Car il y a en quelque sorte deux successions, dans lesquelles les règles sur les classes et les ordres s'appliquent séparément; et c'est ce qu'il faut faire ici aussi, d'autant plus que le concours de l'enfant avec le collatéral ne nuit pas à l'ascendant. (Voy. *suprà*, n° 1299; Marcadé, n° 4; Demante, n° 75, 5°; Demolombe, n° 76.)

1345. III. Le défunt n'a laissé que des collatéraux de la quatrième classe. L'enfant naturel a 3/4 de la succession; plusieurs partagent les 3/4 par tête. Cette part est la même, s'il n'y a de parents collatéraux que dans une ligne.

1346. IV. A défaut d'un parent au degré successible, l'enfant naturel recueillera la totalité de la succession à la charge de remplir les formalités prescrites par les articles 769-772 du code civil (art. 758, 773). (Voy. *infrà*, n°s 1375-1380.)

C. *Des droits des enfants et descendants de l'enfant naturel.*

1347. En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits déterminés dans les articles 757 et 758 (art. 759 et les n°s 1341-1346). Cette règle est la reproduction de l'article 16 de la loi du 12 brumaire an II, ainsi conçu : « Les enfants et descendants d'enfants nés hors mariage représenteront leurs père et mère dans l'exercice des droits que la présente loi leur attribue. » C'est l'application du droit commun; car les enfants légitimes représentent leurs père et mère.

La faculté de réclamer la portion de l'enfant naturel dans la succession de ses père ou mère n'appartient qu'aux descendants *légitimes* de l'enfant naturel, nonobstant l'opinion émise au conseil d'État par Berlier et Cambacérès, qui semblent avoir voulu attribuer à l'enfant naturel de l'enfant naturel non pas la *totalité* des droits accordés à ce dernier, mais seulement une *fraction* de ces droits, conformément à l'article 757. (Deuxième procès-verbal, n° 20, Locré, p. 91.)

Cette opinion individuelle ne peut prévaloir contre le texte

formel du code. D'après l'article 756, l'enfant naturel n'a aucun droit sur les biens des parents de leurs père et mère. Ainsi l'enfant naturel de B n'a aucun droit sur les biens de A, père légitime de B. Admettre l'opinion de Berlier et de Cambacérès, ce serait attribuer aux descendants *naturels* d'un enfant *naturel plus* de droits qu'aux descendants naturels d'un enfant *légitime,* lesquels sont formellement exclus de la succession de leur grand-père par l'article 756. Ainsi, dans l'exemple cité, l'enfant naturel de B n'a aucun droit sur la succession de A, père légitime de B; mais si B était lui-même enfant naturel de A, son enfant naturel aurait pu, d'après le système que nous combattons, faire valoir sur la succession de A les droits que B aurait eus lui-même. Ce serait une inconséquence.

1348. Les enfants légitimes de l'enfant naturel peuvent réclamer les droits attribués à leur père non-seulement en cas de *prédécès* de ce dernier et lorsqu'ils le représentent, mais encore de *leur chef,* si leur père y a renoncé ou a été déclaré indigne. Car, ici comme ailleurs, par exemple dans les articles 750, 753, 766 du code, le terme *prédécès* est simplement énonciatif et synonyme des mots : *à défaut de,* et il n'y a aucune raison de l'interpréter ici plus restrictivement que dans les autres passages. Cette restriction pourrait conduire à la conséquence de donner au conjoint survivant, et même à l'État, la préférence sur les descendants de l'enfant naturel; ce qui ne serait ni équitable, ni conforme à l'esprit de la loi. (Demolombe, n° 86.)

Il va sans dire que les descendants de l'enfant naturel ne peuvent recueillir de leur chef la portion attribuée à leur père, que sous les conditions ordinaires de la successibilité, c'est-à-dire de se trouver au degré auquel la succession est dévolue; ainsi, par exemple, ils ne la recueilleraient pas si le défunt avait laissé encore un autre enfant naturel.

D. *De l'imputation à faire par l'enfant naturel* (art. 760).

1349. L'article 843 du code impose à tout *héritier* l'obligation de *rapporter* à la succession tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre-vifs directement ou indirectement. L'enfant naturel n'est pas *héritier ;* on pourrait donc douter s'il tombe sous l'ap-

plication de cette disposition. C'est pourquoi l'article 760 lui impose une obligation analogue, appelée *imputation*. « L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer, sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport, d'après les règles établies à la section II du chapitre VI du présent titre », dit l'article 760.

Cette disposition a pour but d'empêcher que les enfants naturels ne reçoivent plus que la loi ne permet de leur donner. (Rapport de Chabot, n° 28, Locré, p. 248.) C'est l'article 908 qui limite les libéralités que l'on peut faire à l'enfant naturel, et par lequel l'article 760 doit être complété.

On doit calculer la part de l'enfant naturel d'après le système qui sert de base à la fixation de la portion de l'enfant légitime, en réunissant fictivement tous les biens donnés à la masse héréditaire, et en faisant la division de la masse ainsi formée.

1350. Pour fixer ce qui doit être imputé, la loi renvoie aux règles sur le rapport. Mais il y a entre le *rapport* et l'*imputation* cette différence essentielle que le donataire ou le légataire peut être *dispensé* du rapport, tandis que l'enfant naturel ne peut pas être dispensé de l'imputation (arg. art. 908).

D'autres questions relatives à la différence entre l'imputation et le rapport seront traitées au chapitre VI, section II.

E. *De la réduction des droits de l'enfant naturel* (art. 761).

1351. S'il n'est pas permis de dépasser la quotité de biens que la loi accorde à l'enfant naturel, il est permis de la réduire, en vertu de l'article 761, ainsi conçu : « Toute réclamation est interdite aux enfants naturels lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée.

« Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. »

Cette disposition a un double motif, d'abord d'empêcher que

l'enfant naturel ne vienne troubler le repos et la tranquillité de la famille légitime après la mort de son père ou de sa mère, et d'écarter ainsi un prétendant toujours mal vu par la famille légitime; et puis de procurer à l'enfant naturel l'*avantage d'entrer plus tôt en jouissance de sa portion*. (Discours de Siméon, n° 25, Locré, p. 293.) Quant au *premier* but, il n'est pas toujours atteint par cette disposition, puisque l'enfant peut réclamer le supplément nécessaire pour parfaire la moitié, si les biens qui lui ont été donnés sont *inférieurs* à la moitié de sa portion légale. Il peut donc intervenir aux partage et liquidation de la succession de ses père ou mère afin de vérifier s'il a effectivement reçu cette moitié.

1352. La règle qui précède a un caractère juridique exceptionnel; elle est dérogatoire au principe que l'on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte (art. 791, 1130, 1600); c'est pourquoi la dérogation doit être strictement interprétée.

Il suit de là que le droit de réduction est limité, et que le père ne peut pas réduire la part de l'enfant au delà de la moitié, pas même du consentement de ce dernier; car ce serait traiter au sujet d'une succession future au delà de ce que la loi permet. Par le même motif, l'enfant ne peut pas renoncer au droit de réclamer le supplément. C'est seulement à la moitié de la *portion que la loi lui attribue* que l'enfant peut être réduit, et non à la moitié de sa *réserve*.

La portion de l'enfant doit être calculée sur le pied des biens existants au moment de l'ouverture de la succession, augmentés par la réunion fictive des biens donnés.

1353. Les deux conditions sous lesquelles la réduction peut avoir lieu sont :

1° Que l'enfant *ait reçu* réellement du vivant de ses père ou mère la moitié de sa portion légale. La réduction ne peut avoir lieu que par un acte de donation entre-vifs de biens présents; elle doit être *acceptée* par l'enfant. Le père ne peut lui imposer la réduction malgré lui. Cela résulte de la règle que toute donation doit être acceptée (art. 932), et de ce que la réduction a été admise autant dans l'intérêt de l'enfant naturel lui-même que dans l'intérêt des héritiers légitimes du père ou de la mère.

2° Que le père ait fait la *déclaration expresse*, dans l'*acte même de donation*, que son intention est de réduire l'enfant à la portion qu'il lui a assignée. La clause portant réduction ne doit pas être faite en termes sacramentels; mais il faut qu'elle ne laisse aucun doute sur l'intention du donateur; dans le doute, elle s'interpréterait en faveur de l'enfant.

La déclaration portant réduction ne pourrait pas être ajoutée *après coup* dans un acte postérieur unilatéral ni dans un testament; autrement l'enfant pourrait être exposé à un véritable piége.

1354. On s'est demandé à qui profite la réduction? Est-ce seulement aux héritiers légitimes, ou bien aussi aux autres enfants naturels, au conjoint survivant, ou même à l'État, ou à d'autres donataires ou à des légataires?

Le texte de la loi est absolu et ne distingue pas. D'après le texte de l'article 761, qui renvoie à *tous* les articles précédents, depuis 756 jusqu'à 758, on devrait donc dire que l'enfant naturel ne peut *jamais* réclamer au delà de la portion à laquelle il a été réduit, quels que soient les autres successeurs, réguliers ou irréguliers, à titre universel ou à titre particulier du *de cujus*.

Mais la question est très-controversée. Personne n'admet ce système absolu. Il y a diverses opinions qui décident la question par des distinctions; d'après quelques auteurs, c'est une question de fait et d'interprétation de la volonté du défunt.

Les travaux préparatoires du code nous fournissent des éléments de décision. Ce n'est point en haine de l'enfant naturel que la réduction, à laquelle il doit d'ailleurs *consentir*, a été admise, mais seulement dans l'intérêt de la *famille*, c'est-à-dire des parents légitimes; or, s'il n'y en a pas, elle n'a plus de raison d'être. La place qu'occupe l'article 761 vient en aide à cette interprétation. La section Ire du chapitre IV prévoit deux cas, celui où il existe des parents légitimes et celui où il n'en existe pas; mais, dans toute cette section, il n'est pas question du concours de l'enfant naturel avec d'autres enfants naturels, avec le conjoint survivant ou avec l'État. Donc, la réduction n'a lieu que lorsque le *de cujus* a laissé des parents légitimes. (Demolombe, n°s 119, 120.)

F. *Des enfants adultérins et incestueux.*

1355. Nous avons donné ci-dessus, aux nos 582-584 et 620-624, les notions historiques et l'explication de la manière dont l'existence des enfants adultérins ou incestueux peut être légalement constatée. Il reste à déterminer les droits que la loi leur attribue sur les biens de leur père ou mère.

Les dispositions des articles 757 et 758, qui règlent le droit de l'enfant naturel simple sur les biens de ses père ou mère, ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des *aliments*. Ces aliments sont réglés, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes (art. 762, 763). Ils n'ont donc aucun droit *héréditaire;* ils ne sont pas même *hæredis loco*, comme les enfants naturels simples; ils ont seulement une *créance d'aliments*; ils ne peuvent donc pas intervenir dans les opérations de liquidation et de partage de la succession de leurs père ou mère.

1356. « Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui ont fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession » (article 764). L'article 208 comprend, parmi les éléments qui servent à fixer la dette alimentaire, le *besoin de celui qui les réclame.* Il résulte à l'évidence de l'article 764 que cette règle est applicable ici et que si l'enfant adultérin ou incestueux n'est pas *dans le besoin,* s'il a des moyens d'existence, il ne peut pas réclamer des aliments. Les mots *art mécanique* ne sont qu'énonciatifs. Toute autre profession lucrative, de nature à mettre l'enfant en état de gagner sa vie, serait également un obstacle à une demande alimentaire. La loi a cité l'art mécanique seulement comme un exemple, peut-être parce que ces enfants sont souvent élevés dans une condition obscure, ou parce que ce genre de profession procure le plus promptement des moyens d'existence.

Il nous semble toutefois que la réclamation de l'enfant serait fondée si, à l'époque de l'ouverture de la succession, sa profession était, sans sa faute, par exemple par maladie, devenue insuffisante pour le faire vivre. (Demolombe, n° 129.)

II. DE LA SUCCESSION AUX BIENS LAISSÉS PAR UN ENFANT NATUREL.

1357. La succession de l'enfant naturel, reconnu ou non reconnu, même de l'enfant adultérin ou incestueux, est toujours dévolue à ses descendants légitimes, légitimés ou adoptifs, ou à ses enfants naturels d'après les règles exposées ci-dessus aux n°s 1340 à 1356.

La succession de l'enfant naturel qui ne laissait pas de descendants, et qui par conséquent n'avait aucuns parents légitimes, passait autrefois, suivant le droit commun de la France, au fisc, en vertu du droit appelé de bâtardise.

Le code a établi un autre système de succession; ses auteurs l'ont appelé *une faveur de la loi,* parce qu'il n'est pas fondé sur la parenté légitime.

Si l'enfant naturel n'a pas laissé de postérité, il faut distinguer deux cas principaux :

1. S'il a été reconnu;
2. S'il n'a pas été reconnu.

A. *De l'enfant naturel reconnu.*

1358. 1° « La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre » (art. 765).

La loi dit *sans postérité.* Il s'ensuit que les père et mère sont exclus de la succession de leur enfant naturel, lorsque ce dernier a lui-même laissé un enfant naturel. La loi ne distingue pas (n° 1357). Il en serait encore de même si ce dernier, c'est-à-dire l'enfant naturel de l'enfant naturel, avait laissé des descendants *légitimes,* mais non si ces descendants étaient eux-mêmes des enfants naturels. (Voy. *suprà,* n° 1347.)

Si l'enfant naturel n'a pas laissé de postérité, sa succession appartient à ses père ou mère, comme il vient d'être dit; tant que l'*un d'eux* survit, les autres successeurs indiqués par l'article 766 en sont exclus, puisqu'ils ne sont appelés qu'en *cas de prédécès des père* ET *mère de l'enfant naturel.*

1359. Les père et mère ont-ils un droit de retour sur les objets par eux donnés à l'instar de l'ascendant légitime (art. 747 et *suprà*, nos 1325 et suiv.)? La question ne présente de l'intérêt que lorsque l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère. Elle est controversée. Nous tenons pour la négative. Car l'article 747, comme anomal, doit être restrictivement interprété. Aucune loi n'accorde le droit de retour au père ou à la mère de l'enfant naturel. Le texte de l'article 766 fournit un argument *a contrario* à l'appui de cette opinion, parce qu'il n'admet le droit de retour en faveur des frères et sœurs légitimes que pour leur donner la préférence sur les frères et sœurs *naturels* du défunt, et non au préjudice de l'autre auteur de ses jours.

1360. 2° En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, ses biens sont dévolus à ses frères et sœurs naturels, ou à leurs descendants légitimes ou légitimés, à l'exclusion des enfants légitimes issus du même père ou de la même mère que le défunt (art. 766, alin. 2). Les descendants naturels des frères et sœurs naturels sont exclus de la succession en vertu de la règle exposée au n° 1347.

Les frères et sœurs naturels partagent l'hérédité d'après les règles suivies en matière de succession régulière; par exemple, s'il y avait des frères ou sœurs de lits différents, ils partageraient par lignes, ainsi qu'il a été dit ci-dessus au n° 1320, 2°.

1361. Toutefois, le droit de succession des frères et sœurs naturels est limité par le droit de retour accordé par l'article 766, alinéa 1, à ses frères et sœurs légitimes : « En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères ou sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession : les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes. »

Ce droit de retour est régi par les mêmes principes que ceux relatifs au retour successoral des ascendants. (Voy. *suprà*, nos 1325 et suiv.)

Par *biens qu'il en avait reçus*, il faut entendre ceux que l'enfant naturel avait reçus par donation ou recueillis dans la succession de ses père ou mère.

Le droit de retour n'existe pas en faveur des descendants des

frères et sœurs légitimes, ni en faveur du père ou de la mère, donateurs du défunt (n° 1360).

1362. 3° A défaut de frères et sœurs naturels de l'enfant naturel, ses biens passent à son conjoint survivant ou, à défaut de conjoint, à l'Etat. Ce dernier n'est pas exclu par les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, comme le soutiennent quelques jurisconsultes contrairement au texte de l'article 766. Car les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel ne sont *jamais* appelés comme ses successeurs irréguliers, excepté pour ce qui concerne le droit de retour, qu'ils exercent également contre le conjoint survivant ainsi que contre l'État. (Amiens, 1er avril 1868, D., 1870, 2, 81.)

1363. 4° A défaut de conjoint survivant, l'État recueille les biens de l'enfant naturel.

B. *De l'enfant naturel non reconnu.*

1364. Si l'enfant naturel ne laisse pas de descendants légitimes ni naturels reconnus, sa succession est dévolue au conjoint survivant, et, à son défaut, à l'État.

Il faut en dire autant de la succession des enfants adultérins et incestueux, parce qu'ils ne peuvent pas être reconnus.

III. DES DROITS DU CONJOINT SURVIVANT.

1365. D'après les lois romaines, le conjoint survivant pouvait avoir un droit de succéder à son conjoint prédécédé dans deux cas :

1° A défaut de parents légitimes, ou lorsqu'ils avaient tous renoncé à la succession, elle était dévolue au conjoint survivant en vertu de l'édit du préteur *Unde vir et uxor*, encore en vigueur dans le droit de Justinien, § 2, J., *De bonorum possessionibus*, 3, 10 : « *Aliam vero bonorum possessionem, quæ unde vir et uxor appellatur, in suo vigore servavimus.* » Tit. D., *Unde vir et uxor*, 38, 11 ; l. 1, C., *eodem*, 6, 18 : « *Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quotiens deficit omnis parentum liberorumve seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso.* »

Ce droit de succession était réciproque.

2° La veuve *pauvre* et sans dot avait droit à une portion de la succession de son mari riche, même lorsqu'il avait laissé d'autres parents légitimes. Ce droit, introduit par la novelle 53, chap. VI, de Justinien, publiée en 537, avait d'abord été *réciproque;* le mari pauvre avait droit à une portion des biens de sa femme; plus tard, en 541, il fut retiré au mari par la novelle 117, chapitre V.

La portion de la veuve était d'un quart; mais elle était réduite à une part d'enfant si elle était en concours avec plus de trois enfants de son mari. Cette portion ne pouvait pas lui être enlevée par testament. La veuve devait imputer sur sa portion tout ce que son mari lui avait donné par testament; si elle était en concours avec des enfants issus du mariage, elle n'avait que l'usufruit de cette part.

Ces dispositions étaient observées dans tous les pays de droit écrit. (Voy. Merlin, *Rép.*, v° *Quarte de conjoint pauvre*, I°.)

1366. Le droit du conjoint survivant de succéder à son conjoint, *à défaut de parents,* était formellement consacré par plusieurs coutumes, par exemple par celle du Poitou, article 299, portant : « *Où il n'y aurait lignage capable à succéder, la femme succéderait au mari, et le mari à la femme, plutôt que les biens soient dits vacants;* » et il était même admis dans toutes les autres, qui n'avaient pas de dispositions contraires. (Voy. la note de E. De Laurière sur Loysel, n°s 339, 340, et Chabot, Rapport, n° 30, Locré, p. 250.)

Dans les cas où le conjoint survivant était exclu par les parents, les législations coutumières avaient pourvu à son sort par d'autres moyens, tels que sa part dans la communauté, certains gains nuptiaux, et surtout par le douaire, qui était précisément, d'après la définition de Pothier, « ce qui est accordé à la femme sur les biens de son mari pour ses aliments, pour sa subsistance, au cas qu'elle lui survive. » (Pothier, du *Douaire*, n° 1; Demolombe, n° 176.)

1367. Malgré les traditions des deux législations qui se partageaient l'ancienne France, les auteurs du code n'ont attribué au survivant des conjoints des droits sur la succession du prémourant qu'*à défaut de parents* jusqu'au douzième degré et à défaut d'enfants naturels.

Ils s'en sont référés à leur prévoyance par le contrat de ma-

riage ou par des dispositions testamentaires, par lesquels les époux peuvent s'assurer des gains nuptiaux ou se faire des libéralités. Ils ont poursuivi et organisé d'une manière conséquente leur idée fondamentale que la conservation des biens du défunt dans sa famille était le but essentiel de tout système de succession *ab intestat,* et ils n'ont admis l'*affection présumée* comme base de l'ordre des successions que dans le cercle de sa famille. Le conjoint n'est pas *parent* du défunt; et si les biens de ce dernier lui étaient dévolus, ils pourraient passer dans une famille étrangère à celle du défunt, surtout si le mariage s'était dissous sans enfants.

Dans la séance du conseil d'État du 9 nivôse an XI (30 décembre 1802), Maleville fit observer qu'on avait omis dans ce chapitre une disposition reçue par la jurisprudence, qui donnait une pension à l'époux survivant lorsqu'il était pauvre et qu'il ne recueillait pas la succession. Mais sur la réponse, complétement erronée, de Treilhard que, par l'article 754, on lui accorde l'usufruit du tiers des biens, le conseil d'État a passé outre. (Procès-verbal III, n° 5, Locré, p. 101.)

1368. « Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit » (art. 767).

Si les époux étaient *divorcés* au moment du décès de l'un d'eux, le *titre* même de leur droit se trouverait anéanti. C'est dans cet ordre d'idées qu'Ulpien a déjà dit au fr. 1, § 1, D., *Unde vir et uxor,* 38, 11 : « *Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore.* »

1369. D'après l'ancienne jurisprudence française, le droit de succession entre les époux était détruit par la séparation de corps; le divorce n'existait pas. (Voy. *suprà,* n° 396; Pothier, Introduct. au titre XVII de la coutume d'Orléans, n° 35.) Cette opinion ne peut plus être soutenue aujourd'hui; elle est contraire au texte du code. Il est vrai que dans sa séance du 9 nivôse an XI (30 décembre 1802), après les observations de Maleville, Berlier, Tronchet, faites en faveur du maintien de l'ancien droit, le conseil d'État a adopté en principe « que l'époux survivant n'est pas admis à la succession de l'époux prédécédé, lorsqu'il y a séparation de corps », et il a renvoyé l'article à la section pour le rédi-

ger conformément à ce principe. (Procès-verbal, III, n°s 2 et 3, Locré, p. 99-101.)

Ce vote est embarrassant pour l'interprète. Mais, on ne saurait le méconnaître, à cause de ce vote même, le texte du code disant « époux *non divorcé* » est significatif. Dans son vote sur la rédaction définitive de l'article 767, sortie de la section de législation, le conseil d'État doit avoir changé d'opinion. Les procès-verbaux de la section de législation ainsi que ceux des votes sur la rédaction définitive des articles nous manquent, ou peut être il n'y en a pas eu. Ce qui confirme encore la portée que nous attribuons aux mots *non divorcé*, c'est que le premier projet du code attribue la succession *au conjoint qui lui survit*, sans faire mention ni du divorce ni de la séparation. Les mots *non divorcé* ont fait disparaître le doute que l'article, ainsi conçu, aurait pu faire naître. La doctrine est presque unanime sur ce point. (Voy. Demolombe, n° 173 et les auteurs qu'il cite.)

Donc, en cas de séparation de corps, les deux époux conservent le droit de succession.

1370. Le droit de succession n'existe pas si le mariage a été déclaré nul, car il n'y a pas eu de conjoints.

Toutefois, si le mariage était putatif (voy. *suprà*, n°s 365 et suiv.), l'époux de bonne foi aurait eu le droit de succéder à l'hérédité de son conjoint ouverte *avant* l'annulation du mariage, car le mariage putatif produit tous les effets civils du mariage valable; mais il ne pourrait pas succéder à l'hérédité ouverte *après* l'annulation. (Chabot, art. 767, n° 5; Zachariæ, § 606.)

IV. DES DROITS DE L'ÉTAT.

1371. « A défaut de conjoint survivant, la succession est acquise à l'État » (art. 768). (L. 1 et 4, C., *De bonis vacantibus*, 10, 10.)

Dans ce cas, la succession est acquise à l'État comme biens vacants et sans maître, par droit de déshérence, en vertu des articles 539 et 713. Mais il n'est pas moins vrai que l'État est appelé comme *successeur irrégulier* dans l'universalité du patrimoine du défunt (*in universum jus defuncti*), qu'il est *hæredis loco*, et qu'il est grevé de toutes les obligations qui incombent en

plication de cette disposition. C'est pourquoi l'article 760 lui impose une obligation analogue, appelée *imputation*. « L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer, sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport, d'après les règles établies à la section II du chapitre VI du présent titre », dit l'article 760.

Cette disposition a pour but d'empêcher que les enfants naturels ne reçoivent plus que la loi ne permet de leur donner. (Rapport de Chabot, n° 28, Locré, p. 248.) C'est l'article 908 qui limite les libéralités que l'on peut faire à l'enfant naturel, et par lequel l'article 760 doit être complété.

On doit calculer la part de l'enfant naturel d'après le système qui sert de base à la fixation de la portion de l'enfant légitime, en réunissant fictivement tous les biens donnés à la masse héréditaire, et en faisant la division de la masse ainsi formée.

1350. Pour fixer ce qui doit être imputé, la loi renvoie aux règles sur le rapport. Mais il y a entre le *rapport* et l'*imputation* cette différence essentielle que le donataire ou le légataire peut être *dispensé* du rapport, tandis que l'enfant naturel ne peut pas être dispensé de l'imputation (arg. art. 908).

D'autres questions relatives à la différence entre l'imputation et le rapport seront traitées au chapitre VI, section II.

E. *De la réduction des droits de l'enfant naturel* (art. 761).

1351. S'il n'est pas permis de dépasser la quotité de biens que la loi accorde à l'enfant naturel, il est permis de la réduire, en vertu de l'article 761, ainsi conçu : « Toute réclamation est interdite aux enfants naturels lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée.

« Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. »

Cette disposition a un double motif, d'abord d'empêcher que

l'enfant naturel ne vienne troubler le repos et la tranquillité de la famille légitime après la mort de son père ou de sa mère, et d'écarter ainsi un prétendant toujours mal vu par la famille légitime; et puis de procurer à l'enfant naturel l'*avantage d'entrer plus tôt en jouissance de sa portion*. (Discours de Siméon, n° 25, Locré, p. 293.) Quant au *premier* but, il n'est pas toujours atteint par cette disposition, puisque l'enfant peut réclamer le supplément nécessaire pour parfaire la moitié, si les biens qui lui ont été donnés sont *inférieurs* à la moitié de sa portion légale. Il peut donc intervenir aux partage et liquidation de la succession de ses père ou mère afin de vérifier s'il a effectivement reçu cette moitié.

1352. La règle qui précède a un caractère juridique exceptionnel; elle est dérogatoire au principe que l'on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte (art. 791, 1130, 1600); c'est pourquoi la dérogation doit être strictement interprétée.

Il suit de là que le droit de réduction est limité, et que le père ne peut pas réduire la part de l'enfant au delà de la moitié, pas même du consentement de ce dernier; car ce serait traiter au sujet d'une succession future au delà de ce que la loi permet. Par le même motif, l'enfant ne peut pas renoncer au droit de réclamer le supplément. C'est seulement à la moitié de la *portion que la loi lui attribue* que l'enfant peut être réduit, et non à la moitié de sa *réserve*.

La portion de l'enfant doit être calculée sur le pied des biens existants au moment de l'ouverture de la succession, augmentés par la réunion fictive des biens donnés.

1353. Les deux conditions sous lesquelles la réduction peut avoir lieu sont :

1° Que l'enfant *ait reçu* réellement du vivant de ses père ou mère la moitié de sa portion légale. La réduction ne peut avoir lieu que par un acte de donation entre-vifs de biens présents; elle doit être *acceptée* par l'enfant. Le père ne peut lui imposer la réduction malgré lui. Cela résulte de la règle que toute donation doit être acceptée (art. 932), et de ce que la réduction a été admise autant dans l'intérêt de l'enfant naturel lui-même que dans l'intérêt des héritiers légitimes du père ou de la mère.

2° Que le père ait fait la *déclaration expresse*, dans l'*acte même de donation*, que son intention est de réduire l'enfant à la portion qu'il lui a assignée. La clause portant réduction ne doit pas être faite en termes sacramentels ; mais il faut qu'elle ne laisse aucun doute sur l'intention du donateur ; dans le doute, elle s'interpréterait en faveur de l'enfant.

La déclaration portant réduction ne pourrait pas être ajoutée *après coup* dans un acte postérieur unilatéral ni dans un testament ; autrement l'enfant pourrait être exposé à un véritable piége.

1354. On s'est demandé à qui profite la réduction? Est-ce seulement aux héritiers légitimes, ou bien aussi aux autres enfants naturels, au conjoint survivant, ou même à l'État, ou à d'autres donataires ou à des légataires?

Le texte de la loi est absolu et ne distingue pas. D'après le texte de l'article 761, qui renvoie à *tous* les articles précédents, depuis 756 jusqu'à 758, on devrait donc dire que l'enfant naturel ne peut *jamais* réclamer au delà de la portion à laquelle il a été réduit, quels que soient les autres successeurs, réguliers ou irréguliers, à titre universel ou à titre particulier du *de cujus*.

Mais la question est très-controversée. Personne n'admet ce système absolu. Il y a diverses opinions qui décident la question par des distinctions ; d'après quelques auteurs, c'est une question de fait et d'interprétation de la volonté du défunt.

Les travaux préparatoires du code nous fournissent des éléments de décision. Ce n'est point en haine de l'enfant naturel que la réduction, à laquelle il doit d'ailleurs *consentir*, a été admise, mais seulement dans l'intérêt de la *famille*, c'est-à-dire des parents légitimes ; or, s'il n'y en a pas, elle n'a plus de raison d'être. La place qu'occupe l'article 761 vient en aide à cette interprétation. La section Ire du chapitre IV prévoit deux cas, celui où il existe des parents légitimes et celui où il n'en existe pas ; mais, dans toute cette section, il n'est pas question du concours de l'enfant naturel avec d'autres enfants naturels, avec le conjoint survivant ou avec l'État. Donc, la réduction n'a lieu que lorsque le *de cujus* a laissé des parents légitimes. (Demolombe, n°s 119, 120.)

F. *Des enfants adultérins et incestueux.*

1355. Nous avons donné ci-dessus, aux nos 582-584 et 620-624, les notions historiques et l'explication de la manière dont l'existence des enfants adultérins ou incestueux peut être légalement constatée. Il reste à déterminer les droits que la loi leur attribue sur les biens de leur père ou mère.

Les dispositions des articles 757 et 758, qui règlent le droit de l'enfant naturel simple sur les biens de ses père ou mère, ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des *aliments*. Ces aliments sont réglés, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes (art. 762, 763). Ils n'ont donc aucun droit *héréditaire;* ils ne sont pas même *hæredis loco,* comme les enfants naturels simples; ils ont seulement une *créance d'aliments*; ils ne peuvent donc pas intervenir dans les opérations de liquidation et de partage de la succession de leurs père ou mère.

1356. « Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui ont fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession » (article 764). L'article 208 comprend, parmi les éléments qui servent à fixer la dette alimentaire, le *besoin de celui qui les réclame.* Il résulte à l'évidence de l'article 764 que cette règle est applicable ici et que si l'enfant adultérin ou incestueux n'est pas *dans le besoin,* s'il a des moyens d'existence, il ne peut pas réclamer des aliments. Les mots *art mécanique* ne sont qu'énonciatifs. Toute autre profession lucrative, de nature à mettre l'enfant en état de gagner sa vie, serait également un obstacle à une demande alimentaire. La loi a cité l'art mécanique seulement comme un exemple, peut-être parce que ces enfants sont souvent élevés dans une condition obscure, ou parce que ce genre de profession procure le plus promptement des moyens d'existence.

Il nous semble toutefois que la réclamation de l'enfant serait fondée si, à l'époque de l'ouverture de la succession, sa profession était, sans sa faute, par exemple par maladie, devenue insuffisante pour le faire vivre. (Demolombe, n° 129.)

Mais il ne faut pas aller jusqu'à exiger que le successeur irrégulier, pour obtenir l'envoi en possession, fasse la preuve que le défunt n'a laissé aucun héritier légitime ni aucun autre successeur irrégulier. Car cette preuve *négative* absolue serait une impossibilité. D'ailleurs, par cela même que la loi prescrit des mesures pour assurer la restitution de la succession au cas où il se présenterait des héritiers, elle montre qu'il n'est pas nécessaire d'en prouver d'une manière absolue la non-existence pour obtenir l'envoi en possession. Car s'il *ne pouvait y avoir* d'autres héritiers, ces mesures seraient superflues.

1378. 3° L'époux survivant et les enfants naturels sont encore tenus de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution, au cas où il se présenterait des héritiers du défunt dans l'intervalle de trois ans; après ce délai, la caution est déchargée (art. 771). La décharge des cautions après trois ans a lieu de *plein droit*.

L'État n'est pas soumis à la caution, parce qu'il est présumé être toujours solvable.

1379. On s'est demandé quelle est la conséquence de l'omission des formalités qui précèdent.

L'article 772 porte : « L'époux survivant ou l'administration des domaines (et il faut ajouter l'enfant naturel) qui n'auraient pas rempli les formalités qui leur sont respectivement prescrites pourront être condamnés aux dommages-intérêts envers les héritiers, s'il s'en représente. »

Il faut distinguer deux hypothèses :

1° Il ne se présente pas d'héritier. Dans ce cas, les règles des articles 769-772 sont sans sanction, personne n'ayant qualité pour déposséder le successeur irrégulier qui s'est mis en possession de la succession, ou pour lui demander compte de leur manière d'agir.

2° Il se présente des héritiers. Par cela seul que le successeur irrégulier s'est mis en possession, sans les formalités prescrites par la loi, il est *réputé* possesseur *de mauvaise foi*. Il est donc tenu de restituer tous les fruits perçus et à percevoir (*fructus perceptos et percipiendos*); il est responsable des détériorations qu'il a fait subir aux choses héréditaires, et des autres dommages que les héritiers ont éprouvés par cela même qu'ils ont été privés

de la succession (C. civil, art. 1149-1151). De plus, les héritiers peuvent prouver contre lui la consistance de la succession par tous les moyens de droit, même par la commune renommée.

Mais, quand même le successeur aurait accompli toutes les formalités prescrites par la loi, il ne serait pas *nécessairement* possesseur de bonne foi; seulement il aurait pour lui la présomption de la bonne foi jusqu'à la preuve contraire.

Les héritiers peuvent réclamer la succession pendant trente ans (art. 2262, 789).

Une sanction de l'article 770, c'est que le successeur irrégulier qui ne se serait pas fait envoyer en possession ne pourra se prévaloir *vis-à-vis des tiers*, c'est-à-dire des débiteurs ou des détenteurs des biens de la succession, de sa qualité de successeur universel du défunt. Il ne serait pas admis à prouver directement le fond de son droit pour agir contre le tiers. (Zachariæ, § 639.)

1380. Les père ou mère, frères ou sœurs de l'enfant naturel sont également soumis aux formalités prescrites par les articles 769-772. Car ils n'ont pas la saisine (art. 724); donc ils doivent demander l'envoi en possession au tribunal, lequel ne peut statuer qu'après avoir ordonné les mesures de prudence prescrites par la loi. On ne peut donc pas dire d'une manière absolue que le *texte* de la loi ne leur impose pas les mêmes formalités qu'aux autres successeurs irréguliers; l'article 724 les y soumet implicitement.

Il est vrai que l'enfant naturel n'a pas de parents collatéraux, et qu'il y a *moins* de motifs d'appliquer ces formalités aux père et mère et aux frères ou sœurs naturels qu'aux autres successeurs. Mais il peut laisser des enfants légitimes ou naturels, ou des successeurs qui ont sur ses biens un droit préférable au droit du réclamant; par exemple, si ses frères ou sœurs réclament sa succession, il peut encore avoir ses père et mère, ou bien des frères ou sœurs légitimes ayant un droit de retour (Demolombe, n° 232). La question est très-controversée.

CHAPITRE V.

DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS.

I. DE L'OPTION DE L'HÉRITIER.

1381. D'après l'ancien droit romain, l'héritier *nécessaire*, c'est-à-dire le fils de famille et l'esclave à qui son maître avait légué la liberté, acquérait nécessairement, à son insu et même malgré lui, la succession dès qu'elle était ouverte; l'héritier *volontaire* l'acquérait dès qu'il avait manifesté la volonté de l'accepter. (Voy. *suprà,* n° 1266.)

Mais comme la succession pouvait être obérée, l'acceptation pouvait être préjudiciable à l'héritier. C'est pourquoi l'édit du préteur attribuait plus tard aux enfants la faculté de s'abstenir de la succession paternelle ; c'était le *beneficium abstinendi;* § 2, J. *De hæredum qualitate,* 2, 19; fr. 57, D., *De acquirenda vel omittenda hæreditate,* 29, 2. Malgré cette abstention, le *suus* ne cessait pas d'être héritier; la succession n'était pas sans héritier; le testament conservait ses effets, il n'était pas *destitutum;* mais le préteur, par suite d'une *fiction,* considérait le *suus* comme n'étant pas héritier : *Prætor eum, qui abstinuit, non habet hæredis loco,* dit le fr. 12, pr. D., *De interrogationibus in jure,* 11, 1. *Non est sine hærede, qui suum hæredem habet licet abstinentem se;* fr. 30, § 10, D., *De fideicommissariis libertatibus,* 40, 5. Par suite de cette fiction, la succession déférée ne produisait aucun effet pour le *suus,* ni en sa faveur ni à son préjudice; si elle était bonne, il ne pouvait plus la recueillir; si elle était obérée, il ne devait pas en payer les charges. (Rivier, *Successions,* § 41, 42.)

L'édit du préteur et les constitutions des empereurs accordaient à tous les autres héritiers indistinctement, testamentaires ou *ab intestat,* un délai pour délibérer s'ils accepteraient ou s'ils répudieraient l'hérédité qui leur était déférée. (Voy. *Tit. Dig., De jure deliberandi,* 28, 8; *tit. Cod. eodem,* 6, 30.)

Justinien, par la constitution 22, C., *De jure deliberandi,* 6, 30,

introduisit le bénéfice d'inventaire. Sur ce bénéfice et sur l'ancien droit français, voy. *infrà*, n°s 1436-1466.

1382. D'après le droit coutumier, l'héritier appelé par la loi était de plein droit saisi de la succession; mais, d'après le principe *N'est héritier qui ne veut*, il était libre de ne pas conserver cette qualité. Le code a adopté ce principe. « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue », dit l'article 775. Car l'hérédité peut être obérée, et l'acceptation pourrait être très-onéreuse pour l'héritier.

Tout successeur à qui une hérédité est échue peut opter entre trois résolutions; il peut : 1° ou l'accepter purement et simplement; 2° ou y renoncer; ou 3° l'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Chacune de ces résolutions doit être prise purement et simplement, c'est-à-dire *sans condition* et *sans terme* (arg. art. 777, 783, 785), et doit avoir pour objet la *totalité* de l'hérédité ou du moins de la part afférente à chaque héritier (arg. art. 786; voy. *infrà*, n° 1399).

Cette règle est traditionnelle, sans être fondée sur un texte formel du code. Elle vient du droit romain et elle a été toujours enseignée et observée. (Maynz, *Cours de droit romain*, t. III, § 396, notes 77-79 et 84; Rivier, *Traité des successions à cause de mort en droit romain*, § 43, n°s 1 et 3.) Ni les jurisconsultes romains ni les auteurs n'en donnent les motifs. On peut la fonder sur l'intérêt des cohéritiers et des héritiers du degré subséquent. Si une acceptation ou une renonciation conditionnelle était admise, il dépendrait de la volonté de l'héritier appelé à la succession de perpétuer indéfiniment l'incertitude de la position de ces derniers.

Mais c'est avec moins de raison qu'on la fonde sur ce que les créanciers et les légataires ont un droit acquis sur la succession dès le jour du décès du *de cujus*, et qu'il ne peut pas dépendre de la volonté des héritiers de tenir l'exécution de ces droits en suspens par une acceptation conditionnelle ou à terme. Car l'incertitude sur l'acceptation ou la renonciation de l'héritier ne serait pas un obstacle à ce que les créanciers et les légataires exercent leurs droits sur la *succession même*, indépendamment de la personne de l'héritier.

Toute option suppose la possibilité d'un examen préalable; c'est pourquoi la loi accorde à l'héritier, pour s'éclairer sur l'état

de la succession, des délais pendant lesquels il a toujours la saisine, mais ne peut être forcé à prendre un parti. A ceux qui le poursuivent, il peut opposer des exceptions dilatoires. (Code de proc. civile, art. 174.) — En principe, le délai que la loi accorde n'est pas fatal (art. 800).

II. DE LA TRANSMISSION DE L'OPTION.

1383. Celui à qui une succession est échue peut mourir avant d'avoir pris une des trois résolutions indiquées au numéro précédent. Dans l'ancien droit romain, la faculté d'accepter ou de répudier la succession n'était pas transmise à ses héritiers, d'après le principe : *Hæreditas non adita non transmittitur*, L. 7, C., *De jure deliberandi*, 6, 30. Mais le droit de Justinien admettait à ce principe de nombreuses exceptions. Suivant le droit coutumier, la transmission était de règle ; c'était une conséquence de la saisine. (Voy. *suprà*, nº 1274.) Il en est de même d'après le code. « Lorsque celui à qui une succession est échue est décédé sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée expressément ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef, » dit l'article 781. Les héritiers de l'héritier appelé trouvent dans le patrimoine de ce dernier le droit d'opter entre l'acceptation et la répudiation ; ce droit leur a été transmis par le défunt.

De là il suit :

1° Que l'on ne peut recueillir une succession par transmission *qu'en acceptant* celle du transmettant ; par exemple : A est mort en laissant pour héritier son frère B. Ce dernier meurt sans avoir accepté ni répudié la succession de son frère, et il laisse un fils C. Celui-ci ne peut recueillir la succession de A qu'en acceptant celle de son père B, dans laquelle il trouve la faculté d'accepter ou de répudier celle de A.

2° Que l'on peut renoncer à la *succession transmise*, en acceptant celle du transmettant. Ainsi, dans le cas qui précède, C, après avoir accepté la succession de son père B, peut renoncer à celle de son oncle A.

3° Que les *héritiers du transmettant* ne sont pas les héritiers de *celui dont la succession a été dévolue au* transmettant, mais de

celui qui est décédé sans avoir exercé son option. La succession par transmission n'est donc pas un mode particulier de succéder.

Cette observation est importante en ce qui concerne le rapport (art. 843). Ainsi, par exemple, A est mort laissant pour héritier son frère B, qui est décédé sans avoir accepté la succession de son frère. B laisse trois enfants : Primus, Secundus, Tertius. Primus a reçu de son oncle A une donation. Ces trois enfants acceptent la succession de leur père B, et celle de leur oncle A. Primus devrait-il rapporter le don reçu de son oncle? Non; car il ne réunit pas les deux qualités d'héritier et de donataire de A; il est *donataire* de A et *héritier* de B.

Les héritiers du transmettant ont, à l'égard de la succession transmise, tous les droits que leur auteur avait lui-même. De là il résulte que, dans le cas où leur auteur aurait renoncé à la succession qui lui était échue, ils pourraient accepter cette succession aux termes de l'article 790, si elle n'avait pas encore été acceptée par un autre héritier et si la prescription n'était pas acquise contre eux. (Demolombe, XIV, nos 344, 345.)

1384. Les héritiers du transmettant, quel que soit leur nombre, forment collectivement une seule et même personne; ils continuent celle de leur auteur. Ils ne peuvent prendre tous ensemble qu'*un seul et même parti* à l'égard de *toute* la succession transmise, parce que le transmettant lui-même n'aurait pu prendre qu'un parti. Il n'aurait pas pu accepter une partie et répudier une autre partie de la succession. Ses héritiers ne le peuveut pas davantage. Ce *principe* est ancien; le mode de réalisation du principe a changé.

En cas de désaccord entre les héritiers du transmettant, si les uns voulaient accepter, les autres répudier la succession, on en référait, sous l'ancien droit, au juge, qui avait à décider ce qui *aurait été le plus avantageux* (*quid utilius*) pour le transmettant. Mais cette appréciation était souvent difficile pour le juge, et donnait lieu à des contestations.

C'est pour prévenir ces difficultés que les auteurs du code ont fait une innovation dans l'article 782, portant : « Si ces héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession, elle doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire. »

S'il y a désaccord entre les héritiers, ceux qui auraient préféré

renoncer à la succession peuvent donc être *forcés* à l'accepter.

Cette disposition, il est vrai, met les héritiers du transmettant à l'abri du danger de payer *ultra vires* les dettes de la succession transmise.

Mais l'acceptation de la succession peut néanmoins encore être désavantageuse dans le cas où le transmettant a reçu du défunt un don qu'il devrait rapporter, et on se demande si alors ceux des héritiers, qui voudraient accepter la succession, pourraient imposer l'obligation de rapporter, aux cohéritiers qui voudraient la répudier.

La question ne nous paraît pas douteuse en présence des termes formels de l'article 782. Quand même la majorité des héritiers du transmettant serait d'avis de renoncer à la succession transmise, elle serait obligée de l'accepter sous bénéfice d'inventaire sur l'avis de la minorité, et de supporter le rapport comme conséquence de cette acceptation. Les héritiers qui auraient voulu renoncer n'auraient pas d'action en dommages-intérêts contre les acceptants, à moins qu'il n'y eût dol de la part de ces derniers, par exemple si l'acceptation était évidemment onéreuse, et qu'il y eût connivence entre les acceptants et les cohéritiers du transmettant.

On a reproché à cette opinion d'être peu équitable parce qu'elle permet à la minorité, et même à un *seul* héritier du transmettant, de contraindre les autres à subir un préjudice par une acceptation involontaire. Mais on peut y répondre que cette hypothèse se rencontrera rarement dans la réalité, parce que l'héritier qui accepte doit lui-même participer au préjudice qu'il veut imposer à ses cohéritiers, et que le législateur a pu compter sur l'intérêt bien entendu de chacun.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ACCEPTATION (art. 774-783).

I. DÉFINITION DE L'ACCEPTATION.

1385. Comme il a été dit aux nos 1266 et 1274, il fallait en droit romain, pour être héritier, l'*acceptation* ou l'*adition* de la succession; elle était *attributive* de la qualité d'héritier.

En droit français, l'acceptation a un autre caractère. L'héritier est appelé par la loi et saisi de plein droit de la qualité d'héritier; l'acceptation n'est pas *attributive* de cette qualité ; mais l'héritier n'est pas *obligé* d'accepter la succession : N'est héritier qui ne veut (art. 775). Or, l'acceptation d'une succession, c'est la manifestation de la volonté d'être héritier ou de conserver son titre d'héritier, ou, comme on l'a dit aussi, « c'est la renonciation au droit de renoncer à l'hérédité. »

« Les anciennes coutumes et la jurisprudence variaient sur ce point. Suivant quelques coutumes, par exemple celle de Poitou et les placites de Normandie, l'héritier présomptif, quoiqu'il n'eût pas renoncé, et malgré la saisine, n'était pas censé héritier s'il n'en avait pas fait acte ou pris la qualité. D'autres coutumes, notamment celles d'Auvergne et de la Marche, avaient une disposition contraire. On distinguait aussi, pour la nécessité de la renonciation, entre la succession directe et la succession collatérale ; et la jurisprudence variait encore dans les pays dont les coutumes étaient muettes sur ce point. » (Chabot, Rapport au Tribunat, n° 33 ; Locré, p. 252.)

Une succession peut être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire (art. 774). C'est la troisième section (art. 793-810) qui traite de l'acceptation bénéficiaire.

II. CONDITIONS REQUISES POUR ACCEPTER UNE SUCCESSION.

A. *Quand une succession peut être acceptée.*

1386. 1° Pour pouvoir être acceptée, il faut que la succession soit *ouverte* (voy. n° 1253). Tout acte d'acceptation antérieur est

nul (arg. art. 791, 1130, 1600; fr. 27, D. *De acquirenda vel omittenda hæreditate*, 29, 2).

L'acceptation serait également nulle si elle avait été faite par l'héritier présomptif, dans la croyance erronée que celui à la succession duquel il pourrait être appelé était décédé. (Pothier, *Traité des successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 3.)

2° Il faut que celui qui accepte ait connaissance du décès de son auteur; car la volonté d'accepter une succession non ouverte est la volonté de faire un acte légalement impossible, laquelle ne peut avoir aucun effet. (Fr. 19 et 32 pr., D., *De acquir. vel om. hær.*, 29, 2, comparés avec fr. 76, D., *De regulis juris*, 50. 17.)

B. *De la capacité d'accepter une succession.*

1387. L'héritier reçoit cette qualité directement de la loi, sans faire un acte de volonté (voy. n° 1385); mais par l'acceptation de la succession il *aliène la faculté d'y renoncer;* il dispose donc de ses droits. Celui qui n'est pas capable de disposer de ses droits est aussi incapable d'accepter une succession. Ainsi sont incapables d'accepter une succession :

1° La femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 776, alin. 1, et *suprà*, n° 391).

Si la femme refusait d'accepter la succession, le mari qui, en vertu de son contrat de mariage, aurait un droit sur les biens de la femme et intérêt à recueillir la succession, par exemple s'il était marié sous le régime de communauté, pourrait *à ses risques* l'accepter. Dans ce cas, la femme est réputée avoir, par ses conventions matrimoniales, transféré d'avance et irrévocablement à son mari les droits sur les successions qui pourraient lui échoir pendant le mariage. Le mari se trouverait dans une position analogue à celle d'un créancier qui peut se faire autoriser par justice à accepter la succession du chef de son débiteur (arg. article 788). (Pothier, *Successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 2; Demolombe, XIV, n°s 325, 326.)

2° Les mineurs émancipés ou non émancipés et les interdits sans les formalités exposées ci-dessus aux n°s 736, 737, 772, 773 (art. 776, alin. 2).

1388. La personne placée sous conseil judiciaire peut-elle

accepter une succession sans l'assistance de son conseil? La loi ne prévoit pas explicitement ce cas. Mais il faut décider la question négativement (arg. art. 499 et 513). L'incapacité de celui qui est placé sous conseil judiciaire présente une grande analogie avec l'incapacité du mineur émancipé, et ce dernier ne peut pas accepter une succession sans l'autorisation du conseil de famille (arg. art. 484, alin. 1). Si l'on se décidait pour l'opinion contraire, il faudrait même admettre que l'individu placé sous conseil judiciaire pourrait accepter seul une succession *sans* bénéfice d'inventaire, puisque la loi ne prescrit nulle part que l'acceptation soit bénéficiaire. Ce serait donc lui permettre d'exposer imprudemment toute sa fortune, alors que la loi lui défend de s'obliger par voie d'emprunt, pour quelque somme que ce soit, et de poser le moindre acte d'aliénation, ou de consentir la moindre hypothèque sur ses biens. Nous ne pouvons pas admettre cette inconséquence, et nous croyons que l'acceptation ne peut être faite qu'avec l'assistance du conseil judiciaire. (Zachariæ, § 610, notes 21 et 22; Demolombe, n° 332.)

La plupart des auteurs enseignent cette opinion sans admettre la nécessité de l'acceptation bénéficiaire. Il nous semble qu'il est plus conforme à l'esprit de la loi d'exiger que l'acceptation soit faite sous bénéfice d'inventaire. Le bénéfice d'inventaire offre plus de garantie de la conservation de la fortune du prodigue ou du faible d'esprit que l'assistance de son conseil; et si, en l'absence de toute disposition positive de la loi, il fallait opter entre l'opinion qui exige seulement l'assistance du conseil et celle qui soutiendrait que l'acceptation bénéficiaire, même sans l'assistance du conseil, suffit, nous préférerions ce dernier avis. En tous cas, c'est un conseil de prudence à donner, d'accepter toujours sous bénéfice d'inventaire.

1389. Quel serait l'effet de l'acceptation d'une succession faite par un incapable sans les formalités prescrites par la loi?

Elle serait nulle et ne lierait pas l'incapable. (Voy. observations du Tribunat, n° 13, Locré, X, p. 162, arg. de l'art. 1125.) Sur ce point il n'y a pas de divergence dans la doctrine. Cette nullité pourrait être opposée par la femme mariée (art. 225), par l'interdit et par l'individu placé sous conseil judiciaire (art. 502).

Mais, pour que le *mineur* puisse l'opposer, faut-il qu'il ait été

lésé? Non, car c'est un des actes à l'égard desquels les *formalités habilitantes* prescrites par la loi n'ont pas été observées, et qui sont nuls quand même il n'y aurait pas eu de lésion (arg. des art. 1311 1314 du code).

Dans tous ces cas, la nullité n'est que *relative ;* elle ne peut être opposée que par l'incapable. Cela n'est pas douteux en ce qui concerne la femme mariée (arg. art. 776, alin. 1, combiné avec les art. 225 et 1125 du code civil). Mais comme c'est dans la même disposition que la loi déclare l'incapacité des mineurs, des interdits et des femmes mariées, il faut supposer aussi qu'elle a voulu y attacher les mêmes effets, bien que la règle, que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur et de l'interdit, soit exprimée seulement à l'occasion des contrats faits par un de ces incapables (art. 1125, al. 2). Ainsi le tiers ne peut pas opposer la nullité de l'acceptation.

Toutefois les *débiteurs* de la succession pourraient aussi opposer l'incapacité de l'acceptant, parce qu'ils ne sont pas tenus de payer entre les mains d'une personne incapable de recevoir (art. 1239 et 1241). Avant de payer, ils peuvent exiger que son acceptation soit régularisée.

C. *Quant à la forme de l'acceptation ou la manière de manifester sa volonté d'accepter.*

1390. L'acceptation peut être *expresse* ou *tacite* (art. 778, alin. 1).

1391. La succession peut être acceptée par un mandataire, mais seulement en vertu d'un mandat *spécial,* non pas pour *chaque* succession individuellement désignée, mais portant tout au moins pouvoir général d'accepter toutes les successions qui seraient échues ou qui pourraient échoir à un mandant (arg. art. 933). Car un mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (code civ., art. 1988). (Pothier, *loc. cit.* Demolombe, *ibid.*, n° 355 *bis*.)

1. DE L'ACCEPTATION EXPRESSE.

1392. L'acceptation est expresse quand le successible ou son mandataire prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé (art. 778).

La loi exige, pour accepter expressément, un acte ou une déclaration *écrite;* donc une déclaration *verbale* ne suffit pas à cet effet. Mais elle ne détermine pas le caractère de l'acte d'où peut résulter l'acceptation, et, à cet égard, elle laisse au juge un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, il y a des cas dans lesquels une lettre missive peut être considérée comme un acte, par exemple lorsqu'elle a été adressée à un créancier de la succession en cette qualité, ou à un cohéritier.

Mais il faut bien examiner si le successible, tout en prenant la qualité d'héritier, a eu réellement déjà l'*intention* d'accepter la succession, ou s'il n'a pas voulu simplement se dire *habile à succéder*.

2. DE L'ACCEPTATION TACITE.

1393. « L'acceptation est tacite », dit la fin de l'article 778, « quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier ». *Pro hærede gerere videtur qui aliquid facit quasi hæres*, dit le fr. 20, D., *De acquir. vel om. hæred.*, 29, 2. On accepte alors la succession *facto*, disaient les anciens auteurs. L'ancien adage disait : *Qui prend des biens de succession jusqu'à la valeur de cinq sols, fait acte d'héritier*. (Voy. Loysel, *Instit. cout.*, n° 319.)

Pour que l'acte entraîne l'acceptation tacite, il faut que l'héritier ne l'ait pas posé par erreur, par exemple qu'il n'ait pas disposé de la chose de la succession, croyant disposer de la sienne propre.

Le texte de la loi semble exiger *deux* conditions pour que l'acte entraîne acceptation tacite : 1° qu'il suppose nécessairement son intention d'accepter; et 2° que le successible n'aurait droit de le faire qu'en qualité d'héritier. Mais c'est au fond la *même* idée, que le législateur a exprimée sous deux formes différentes, afin de la rendre plus claire et de la dégager de toutes incertitudes. Car, à la rigueur, la loi aurait pu se borner à dire que l'acceptation est tacite quand l'héritier fait un acte qui suppose *nécessairement son intention d'accepter*. Un semblable acte ne pourrait plus être susceptible de deux interprétations. Néanmoins le législateur a préféré indiquer le genre d'actes qui devraient être considérés comme dénotant cette intention : ce sont les actes

qu'il n'aurait droit de faire qu'en qualité d'héritier, par exemple s'il vendait ou donnait les biens de la succession. (Voy. Zachariæ, § 611, trad. de MM. Aubry et Rau, éd. belge, t. II, p. 400, note 3.)

Il faut, dans tous les cas, que l'acte fasse *nécessairement* supposer la *volonté* d'accepter la succession (c'est-à-dire que ce soit un acte de propriétaire). S'il était susceptible d'une autre interprétation, le successible pourrait n'être pas réputé acceptant. (Liége, 5 août 1875, P., 1876, 117.)

1394. C'est dans ce même ordre d'idées que l'article 779 dit : « Les actes *purement* conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si l'on n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier », parce que ces actes, tout en *pouvant* être interprétés comme des actes d'héritier, ne doivent pas l'être nécessairement ; le successible peut les avoir posés en sa qualité d'habile à succéder, et afin de faire dans tous les cas des actes utiles pour l'hérédité (*gerendi animo*). Tels sont, par exemple, l'apposition et la levée des scellés, l'inventaire, l'interruption de la prescription, le renouvellement des inscriptions hypothécaires ou l'inscription des hypothèques non encore inscrites, les réparations urgentes, l'assurance des bâtiments et des meubles contre l'incendie, la location des appartements pour les termes d'usage, et même, suivant les circonstances, celle des biens ruraux ; la vente des meubles susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver. Toutefois, pour procéder à la vente de ces objets, l'héritier, en sa qualité d'habile à succéder, doit se faire autoriser par justice, et la vente doit être faite par officier public, après les affiches et publications réglées par les lois sur la procédure (art. 796 du code civil).

D'autres actes peuvent présenter un caractère douteux et ont été l'objet de controverse, tels sont, par exemple, le payement des droits de succession ou de mutation, ou même le payement des dettes de la succession. Ces actes peuvent être de simples actes de bonne administration faits pour éviter les frais de poursuites. On ne peut donc pas les considérer comme des actes d'acceptation, alors surtout que l'héritier a opéré le payement avec ses propres deniers (arg. art. 1236, 1251, 4°; cass. fr., 18 août 1869, D., 1869, 1, 461).

Mais c'est, en général, un conseil de prudence à donner à

l'héritier, de quelque acte de conservation ou d'administration qu'il s'agisse, de se faire toujours autoriser par justice à y procéder en sa qualité d'habile à succéder (arg. art. 796). De cette façon il évitera l'équivoque et se mettra à l'abri d'interprétations qui pourraient lui être préjudiciables.

1395. L'article 780 contient plusieurs applications du principe énoncé ci-dessus au n° 1393.

« La donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers, soit à un étranger, soit à tous ses cohéritiers, soit à quelques-uns d'eux, emporte de sa part acceptation de la succession. »

Ce sont là des actes de disposition que le *propriétaire* seul peut faire, et il ne serait pas propriétaire s'il n'avait pas accepté la succession.

L'article continue : « Il en est de même : 1° de la renonciation, même gratuite, que fait un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers. » Cette renonciation est une vraie cession. Pour que, dans ce cas, la part du renonçant parvienne à l'un ou à quelques-uns de ses cohéritiers plutôt qu'à d'autres, il faut qu'il en ait disposé au profit des premiers. « Pour ne pas accepter, il faut *répudier* on s'abstenir absolument, s'en rapporter à la loi pour la transmission du droit qu'on abandonne, et non pas disposer soi-même », dit Siméon. (Discours au Corps législatif, n° 33, Locré, X, p. 298.)

2° « De la renonciation qu'il fait même au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de sa renonciation » (art. 780). Il est évident que, si c'était une véritable renonciation, le prix serait payé *sans cause*.

Il importe peu en quoi consiste le prix de la renonciation, que ce soit en argent, en meubles ou immeubles, en objets appartenant à la succession ou à l'héritier personnellement, ou en une obligation quelconque contractée par ceux qui devaient profiter de la renonciation.

Le cas indiqué sous le n° 2 était autrefois controversé déjà parmi les jurisconsultes romains. Les lois romaines décident formellement que celui qui renonce à la succession moyennant une somme qu'il reçoit de ses cohéritiers, ou de ceux qui se trouvent au degré suivant pour succéder, n'est pas héritier.

(Fr. 24, D., *De acquirenda vel omittenda hæred.*, 29, 2; fr. 2, D., *Si quis omissa causa testamenti*, 29, 4; fr. 6, D., *De reg. jur.*, 50, 17.) Pothier (*Successions*, chap. III, sect. III, art. 1er, § 1er) atteste que cette doctrine était suivie par l'ancienne jurisprudence française. Domat (*Lois civiles*, liv. I, tit. III, sect. I, n° 19) professait l'opinion contraire, s'appuyant aussi sur les lois romaines. Probablement Domat a été amené à cette opinion erronée parce que le droit prétorien considérait comme frauduleuse la renonciation faite par l'héritier *testamentaire*, de connivence avec l'héritier *ab intestat* et moyennant une rémunération, afin de faire tomber les dispositions testamentaires, et qu'il donnait aux légataires et fidéicommissaires une action contre le renonçant.

Les auteurs du code ont suivi l'opinion de Domat. (Demolombe, nos 436, 438.)

Une renonciation *gratuite* accompagnée même de l'énonciation que l'héritier la ferait *au profit de tous ses cohéritiers indistinctement*, ne serait pas une acceptation. Car cette énonciation serait superflue; elle ne changerait pas les effets de la renonciation pure et simple; elle déclarerait seulement ce qui aurait lieu de plein droit.

L'article 780 est simplement énonciatif, non restrictif. Tout autre acte, même non prévu par la loi, par lequel le successible dispose d'une partie de la succession, emporte acceptation.

1396. Les actes prévus par l'article 780 n'étant pas des renonciations, il s'ensuit qu'ils ne peuvent pas être faits au greffe du tribunal de première instance dans la forme des renonciations aux successions. Ce sont de véritables donations faites *après l'acceptation* de la succession; ils sont soumis aux règles sur les donations entre-vifs, tant quant à la forme que quant au fond. (Cass. fr., 17 août 1815.) Quand même un de ces actes serait nul comme donation, par exemple pour vice de forme, il emporterait encore acceptation de la succession, parce qu'il ferait nécessairement supposer, de la part de l'héritier, l'intention d'accepter.

De la différence que nous venons de signaler résultent des conséquences assez importantes. Ainsi : 1° l'héritier renonçant est déchargé des dettes de l'hérédité; le donateur, dans les cas prévus par l'article 780, est passible des dettes envers les créanciers; 2° la forme de la renonciation diffère de celle de la dona-

tion ; 3° le donateur peut demander contre le donataire des aliments et, dans certains cas, la révocation de la donation.

III. DES EFFETS DE L'ACCEPTATION DE LA SUCCESSION.

1397. En droit français, l'héritier reçoit sa qualité *de la loi;* ce n'est pas l'acceptation qui la lui *attribue*, comme en droit romain, mais elle le prive de la faculté d'y renoncer. (*Suprà*, n° 1385.) Les effets de l'acceptation sont donc les mêmes que ceux qui dérivent de la qualité d'héritier en ce qui concerne ses cohéritiers, les créanciers et les débiteurs de la succession et les légataires, effets qui seront expliqués plus bas.

L'héritier acquiert la propriété de toutes les choses héréditaires (art. 711), et, si l'acceptation est pure et simple, il s'opère une confusion entre son patrimoine et la succession.

1398. « L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession » (art. 777). La même disposition se trouve dans le droit romain, au fr. 54, D., *De acquir. vel omitt. hæred.*, 29, 2 : « *Hæres quandoque adeundo hæreditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur* »; au fr. 138, pr. D., *De regulis juris*, 50, 17 : « *Omnis hæreditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur* »; et au fr. 153, D., *eodem :* « *Omnia fere jura hæredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis hæredes extitissent.* »

La rétroactivité de la qualité d'héritier ne résulte pas de l'*acceptation*, mais de la nature même de sa qualité, de la nécessité de la continuation de la personne du défunt et du principe *semel hæres, semper hæres*. L'héritier est saisi de plein droit de sa qualité au jour même du décès de son auteur. S'il conserve cette qualité, il l'aura donc eue depuis l'ouverture de la succession; s'il ne la conserve pas, il ne l'a jamais eue.

Il résulte de ce principe : 1° que l'acceptation ne peut pas avoir lieu à partir d'un certain jour (*ex die*) ni jusqu'à un certain jour (*ad diem*) ;

2° Que dans le cas où l'héritier aurait d'abord renoncé à la succession, et l'aurait plus tard acceptée (art. 790), l'acceptation remonterait au jour de l'ouverture, et que cet héritier aurait toujours eu la saisine;

3° Qu'en cas de renonciation de l'héritier, et de l'acceptation par un autre successible, le premier est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), tandis que le second l'a toujours été depuis l'ouverture de la succession ;

4° Que l'acceptation bénéficiaire remonte, comme l'acceptation pure et simple, au jour de l'ouverture de la succession.

1399. Il a été dit *suprà*, n° 1382, que toute option doit être pure et simple, sans condition, sans terme et pour la totalité de la succession ou du moins pour la totalité de la portion dévolue à l'héritier.

On se demande quel serait l'effet d'une acceptation faite sous condition, à terme ou pour une partie.

Les auteurs enseignent généralement, d'accord avec le droit romain, qu'une *acceptation conditionnelle* est nulle et ne lie pas l'héritier ; que ce dernier reste donc libre d'accepter ou de renoncer. Car l'héritier qui n'a accepté que conditionnellement n'a pas voulu se lier indistinctement. Le déclarer héritier, ce serait donc lui imposer cette qualité malgré lui. (Fr. 51, D., *De acquir. vel omitt. hæred.*, 29, 2. Demolombe, n° 361 et les auteurs qu'il cite.) A l'appui de ce raisonnement, on peut par analogie invoquer l'article 1172 du code, qui déclare nulle la convention qui dépend d'une condition impossible, contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'effet d'une acceptation faite à *terme* ou pour une *partie*. D'après une ancienne doctrine, soutenue encore par Duranton, n° 374, et Zachariæ, § 611, notes 1 et 4, l'acceptation faite à terme ou pour une partie équivaut à une acceptation illimitée ou intégrale.

M. Demolombe, n° 362, distingue et en fait une question d'interprétation de la volonté de l'acceptant.

Nous partageons plutôt l'opinion de Furgole, d'après laquelle l'acceptation est nulle dans ces deux cas, par le motif que « la volonté de l'héritier ne pouvant pas être divisée, son acceptation doit nécessairement être inefficace, parce que l'acceptation est indivisible; qu'ainsi, ne pouvant valoir pour partie, elle ne vaut pour rien ». (*Des testaments*, chap. X, sect. I, n° 153; et Merlin, *Rép.*, v° *Légataire*, § 4, n° 5.)

Donc l'héritier, nonobstant une semblable acceptation, est encore libre de renoncer.

La loi romaine, fr. 75, D., *De acquir. vel omitt. hæred.*, 29, 2, est à tort invoquée à l'appui de cette opinion par les auteurs; car elle parle d'une acceptation partielle faite par erreur.

1400. Ce qui a été dit au numéro précédent de l'acceptation s'applique également, et pour les mêmes raisons, à la *renonciation* faite sous condition, à terme ou pour partie. Elle serait nulle et ne lierait pas le renonçant.

IV. DE LA NULLITÉ OU RESCISION DE L'ACCEPTATION.

A. *Des causes pour lesquelles la rescision peut avoir lieu.*

1401. La rescision peut avoir lieu : 1° pour cause d'*incapacité*, lorsque l'acceptation a eu lieu sans les formalités prescrites par la loi (voy. *suprà*, nos 1387-1389). Ainsi les mineurs et les interdits, les femmes mariées et les personnes placées sous conseil judiciaire peuvent attaquer l'acceptation faite sans les formalités légales par eux-mêmes, ou par les personnes qui les représentent, quand même il n'y aurait eu aucune lésion.

D'un autre côté, ces personnes ne sont pas restituables contre l'acceptation, quand même elles auraient été lésées, lorsque les formalités requises à leur égard ont été remplies.

1402. Les mineurs et les autres incapables peuvent aussi attaquer l'acceptation pour les motifs prévus par l'article 783, nonobstant le mot *majeur*, par lequel cet article commence. Chabot, sur l'article 783, n° 1, est d'une opinion contraire, se fondant sur le texte de l'article, et sur ce qu'une acceptation bénéficiaire, la seule possible en cas de minorité de l'héritier, ne peut porter un grave préjudice à ce dernier. Mais, abstraction faite de ce qu'une acceptation, même sous bénéfice d'inventaire, peut être nuisible au mineur, par exemple à cause de l'obligation du rapport qu'elle entraîne, ou de la charge d'administrer qu'elle impose, il est évident que la loi ne parle du *majeur* que pour indiquer que les causes prévues par cet article sont les *seules* pour lesquelles le majeur puisse être restitué, tandis que le *mineur* peut être restitué encore pour d'autres causes, c'est-à-dire pour incapacité.

1403. 2° Pour cause de *dol.* « Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, que

dans le cas où cette acceptation aurait été la suite d'un *dol pratiqué envers lui* », dit l'article 783, alinéa 1. Il importe peu *par qui* le dol ait été pratiqué, par un cohéritier (par exemple, pour pouvoir exiger le rapport), par un créancier de la succession ou par un tiers; car l'acceptation de la succession doit être un acte de *volonté libre* (arg. art. 775). L'article 1116, qui n'admet la nullité de la *convention* du chef de dol que lorsque les manœuvres doleuses ont été pratiquées par l'*une des parties*, n'est pas applicable ici. Le texte de l'article 783 ne reproduit pas cette condition. De plus, l'acceptation de la succession est un acte *unilatéral*, dans lequel il n'y a pas deux parties contractantes. (Demolombe, n° 538.) La restitution pour dol opère aussi à l'égard des créanciers, légataires ou cohéritiers qui n'auraient pas participé au dol.

1404. 3° Pour cause de *violence* exercée envers l'acceptant. Il est vrai que le texte de l'article 783 ne fait pas mention de ce motif. Mais la raison de la loi est la même; la violence ôte à la volonté sa liberté. (Arg. art. 1109, 1111-1114. Fr. 85, D., *De acquir. vel omit. hæred.*, 29, 2; « *Si metus causa adeat aliquis hæreditatem : fiet, ut quia invitus hæres existat, detur abstinendi facultas.* » Zachariæ, § 611, t. II, p. 404, note 1.)

1405. 4° Pour cause de *lésion* dans le cas prévu en ces termes par l'article 783, alinéa 2 : « Il ne peut jamais réclamer sous prétexte de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation. »

Cette disposition n'existait pas en droit romain. On ne la trouve pas dans Pothier, ni dans le projet primitif du code civil.

M. Demolombe, suivant Fenet, dit que c'est le tribunal de cassation qui proposa d'admettre cette cause de rescision invoquant, en ce sens, *l'appui d'une jurisprudence constante*. Mais, lui-même, il révoque cette jurisprudence en doute. Il attribue cette disposition aux auteurs du code; ils auraient puisé cette idée dans un passage de Lebrun qui enseignait que l'on peut être relevé d'une *renonciation* « par ignorance de fait, comme s'il a paru un faux testament, lequel, s'il eût été valable, eût absorbé ou extrêmement diminué la succession », et qui soumettait aux mêmes causes de rescision l'acceptation et la renonciation. (Demolombe, n°s 540, 544.)

L'héritier peut être lésé ou par la découverte de dettes nouvelles inconnues au moment de l'acceptation, ou par la diminution de l'actif lorsque des biens de la succession ont été revendiqués par des tiers, ou que des actes d'acquisition faits par le défunt ont été annulés ou rescindés, ou bien par la découverte d'un testament inconnu.

Le tribunal de cassation était d'avis d'admettre la restitution contre l'acceptation pour les *deux* dernières causes.

Réal, dans la séance du conseil d'Etat du 9 nivôse an XI (30 décembre 1802), demanda que la restitution fût admise en cas de lésion par suite de découverte de dettes nouvelles. Cette proposition fut rejetée (voy. n° 18, Locré, X, p. 109) et, des deux causes de rescision proposées par le tribunal de cassation, une seule fut admise, la découverte d'un testament nouveau. Pourquoi? C'est difficile à dire, et les discussions nous donnent peu de lumières. Plusieurs auteurs disent que l'héritier pouvait soupçonner l'existence des dettes, parce qu'il connaissait le genre de vie et la profession du défunt, tandis que rien n'annonce la présence d'un testament, que le testateur cache souvent à ses héritiers. M. Demolombe, n° 546, démontre l'insuffisance de ce motif.

1406. La disposition de l'article 783, alinéa 2, est très-obscure et donne beaucoup de difficultés aux interprètes. Quelques-uns d'entre eux voient dans cette disposition la preuve que l'acceptation pure et simple oblige l'héritier *ultra vires* envers les légataires, doctrine combattue par la plupart des jurisconsultes français. D'autres créent des hypothèses plus ou moins compliquées (auxquelles — M. Demolombe le dit avec raison — le législateur n'a probablement pas pensé), pour prouver que, même avec la règle que l'héritier pur et simple n'est pas tenu des legs *ultra vires*, il peut être lésé par la découverte d'un testament nouveau qui absorbe une partie notable de la succession. Ainsi, par exemple, l'héritier pourrait avoir accepté purement et simplement une succession et avoir acquitté les legs soit à titre particulier, soit à titre universel; puis un testament nouvellement découvert révèle d'autres legs que l'héritier paye encore. Après ces payements, on découvre des dettes, inconnues jusqu'alors, que l'héritier devra payer, même sur son patrimoine personnel. Les légataires envers lesquels il a un recours sont insolvables.

L'héritier a donc été lésé par la découverte d'un nouveau testament, sans lequel l'actif de la succession aurait suffi au payement des dettes. Cela peut arriver, dit-on, soit que les legs soient à titre particulier ou à titre universel, parce que, dans ce dernier cas, l'héritier est tenu directement envers les créanciers de la succession. (Marcadé sur l'article 783, n° 3.)

1407. Il faut, avant tout, déterminer ce que la loi entend ici par *lésion*. Est-ce une diminution du *patrimoine personnel*, que l'héritier possédait avant l'acceptation de la succession, ou bien est-ce simplement l'amoindrissement de ce dont son patrimoine eût été augmenté si le testament inconnu n'avait pas existé? Le mot *lésion* peut être pris dans les deux sens : il est pris dans la première acception aux articles 1305, 1306, 1674 et suiv. du code, et dans le deuxième sens aux articles 887 et suiv. et 1854. — L'article 783 prend le mot *lésion* dans le deuxième sens; il le fait clairement entendre : la lésion consiste dans l'absorption ou dans la diminution de plus de moitié de la succession.

Or, il est très-possible que l'actif de la succession ait été diminué, même entièrement absorbé, sans que le patrimoine personnel de l'héritier, tel qu'il était avant l'ouverture de la succession, ait été entamé.

Ceci établi, il ne nous paraît pas que le législateur ait eu devant l'esprit une hypothèse particulière, ni qu'il ait voulu consacrer un principe concernant la responsabilité de l'héritier du chef des legs ou des dettes de la succession. La loi n'établit pas non plus une distinction entre l'héritier bénéficiaire et l'héritier pur et simple, ni entre le cas où les dispositions contenues dans le testament nouvellement découvert sont à titre particulier et celui où elles sont à titre universel. L'article 783 est donc applicable toutes les fois que la découverte d'un testament peut entraîner une lésion de plus de la moitié. On peut, par analogie, assimiler ce cas à celui d'une erreur sur la substance de la chose (arg. art. 1110).

1408. 5° Pour cause d'*erreur*, mais seulement dans le cas où quelqu'un aurait accepté une autre hérédité que celle qu'il croyait accepter; il y a alors *error in corpore;* par exemple, deux successions lui sont dévolues : il pose un acte d'acceptation à l'égard de la succession A; mais il croit que c'est la succession B, et c'est

cette dernière qu'il veut réellement accepter. L'acceptation peut être annulée.

1409. 6° L'acceptation peut être attaquée par les créanciers personnels de l'héritier par l'action révocatoire ou paulienne, lorsqu'il a accepté *frauduleusement* une succession obérée; par exemple, s'il y avait connivence entre l'héritier et les créanciers ou quelques-uns des créanciers de la succession, au préjudice des créanciers personnels de l'*héritier* (code civil, art. 1167).

1410. Durée de l'action en nullité. Elle se prescrit par trente ans (code civil, art. 2262) et non par dix ans. Car l'article 1304, qui limite l'action en nullité ou en rescision à la durée de *dix* ans, n'est applicable qu'aux *conventions*. Cette question est controversée. Le point initial de la prescription n'est pas le même dans les divers cas qui peuvent se présenter :

1° Si l'action est fondée sur l'incapacité de l'héritier, la prescription ne court qu'à partir de la cessation de l'incapacité (arg. de l'article 2252);

2° Si elle est fondée sur la découverte d'un testament inconnu, la prescription court à partir du moment où le testament a été découvert (arg. art. 2256);

3° Dans le cas de dol, violence ou erreur, la prescription court à partir du jour de l'acceptation, et non-seulement du jour de la découverte du dol ou de l'erreur, ou de la cessation de la violence;

4° En cas d'acceptation frauduleuse, la prescription court à partir du moment de l'acceptation.

B. *Des effets de la rescision de l'acceptation.*

1411. L'héritier est remis dans l'état *antérieur* à l'acceptation, donc il peut librement exercer l'option mentionnée au n° 1382; il peut donc ou accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer. L'acceptation est censée n'avoir jamais eu lieu, et son annulation entraîne la nullité de tous les actes qui en ont été la suite.

Il en est ainsi quand même la nullité aurait été fondée sur l'article 783. Delvincourt et Duranton soutiennent que dans ce cas l'acceptant n'est dégagé qu'envers les légataires institués dans le testament nouvellement découvert, mais non à l'égard des créanciers. La loi ne fait pas cette distinction, contraire d'ailleurs

au principe de l'indivisibilité de l'acceptation. Cette dernière est *annulée;* donc elle ne produit plus d'effets à l'égard de personne.

Si, par l'acceptation, l'héritier avait perdu des droits qu'il eût conservés dans le cas contraire, ces droits revivent à son profit. Il n'est plus tenu à l'obligation de faire rapport des choses qui lui ont été données par le *de cujus.*

SECTION II.

DE LA RENONCIATION AUX SUCCESSIONS (art. 784-792).

I. DÉFINITION.

1412. La renonciation à une succession ou la répudiation d'une succession est l'acte par lequel celui à qui une succession est déférée déclare sa volonté de n'être pas héritier.

II. CONDITIONS REQUISES.

A. *Quant au temps. Quand peut-on renoncer à une succession ?*

1413. On ne peut renoncer à une succession que lorsqu'elle est ouverte ; et de même que pour accepter une succession, il faut de plus que celui à qui elle est déférée ait connaissance qu'elle lui est déférée (voy. *suprà*, n° 1386; fr. 174, § 1, D., *De reg. J.*, 50, 17 : *Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest;* et fr. 23, D., *De acquir. vel omitt. hæred.*, 29, 2 : *In repudianda hæreditate, vel legato, certus esse debet de suo jure, is qui repudiat.*

De là il résulte que le parent d'un degré plus éloigné ne peut valablement renoncer à une succession tant que celui qui y était appelé avant lui ne l'aura pas valablement répudiée.

1414. L'ancienne jurisprudence permettait de renoncer aux successions *futures* dans les contrats de mariage; aujourd'hui c'est défendu. « On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession », dit l'article 791,

et les articles 1130, 1389 et 1600 répètent cette prohibition. Sur la cause et sur l'effet de cette défense, voy. au titre *des Contrats*, etc.

B. *Quant à la capacité. Qui peut renoncer à une succession ?*

1415. Il faut la même capacité que pour accepter une succession. (Voy. *suprà*, nos 1387-1389.)

C. *Quant à la forme.*

1416. En droit romain on suivait, en ce qui concernait la manifestation de volonté, la règle générale : la volonté de renoncer pouvait être manifestée expressément ou tacitement : fr. 95, D., *De acquir. vel om. hæred.*, 29, 2 : « *Recusari hæreditas non tantum verbis, sed etiam re potest, vel alio quovis judicio voluntatis.* » Cette règle était suivie dans les pays de droit écrit. Mais l'ancienne jurisprudence des pays coutumiers n'admettait pas la renonciation *tacite;* elle devait être *expresse.* Elle pouvait se faire ou par un acte devant notaire, ou par un acte au greffe, ou par une déclaration faite en justice, dont le juge donnait acte. (Pothier, *Successions*, chap. III, sect. IV, § 3.) Toutefois, il paraît que cette jurisprudence, même dans les pays de coutumes, n'était ni constante ni unanime. (Demolombe, t. XV, éd. belge, t. VIII, nos 5, 6.)

La renonciation, surtout par les filles, se faisait aussi par contrat de mariage.

L'article 784 du code porte : « La renonciation à une succession ne se présume pas : elle ne peut plus être faite *qu'au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte*, sur un registre particulier tenu à cet effet. »

L'exposé des motifs dit : « La renonciation appelle d'autres héritiers ; elle intéresse aussi les créanciers de la succession : un acte de cette nature doit être nécessairement *public.* » (N° 29, Locré, p. 195.)

Or, la publicité de l'ancien droit était très-incomplète. Pour s'assurer si un successible était héritier ou non, il fallait faire des recherches chez un grand nombre de notaires ou dans beaucoup de tribunaux. Aujourd'hui, il suffit de s'adresser au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession.

La renonciation à la succession est un acte *unilatéral*, comme l'acceptation; les créanciers, les légataires, les cohéritiers ou les héritiers d'un degré plus éloigné ne doivent pas y être appelés.

1417. La forme de la renonciation prescrite par l'article 784 n'est nécessaire que pour avoir de l'effet à l'égard des créanciers de la succession et des légataires. A l'égard d'un autre successible, la renonciation peut être faite par toute manifestation non équivoque de la volonté, par exemple par simple lettre missive.

D. *Il faut n'avoir pas recélé ni diverti.*

1418. « Les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession sont déchus de la faculté d'y renoncer : ils demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés. » (Art. 792.)

Cette disposition est prescrite dans l'intérêt des créanciers de la succession et des cohéritiers; le renonçant lui-même ne peut se prévaloir de son propre méfait pour soutenir, par exemple, la nullité de sa renonciation et pour se prétendre héritier contre la volonté et contre l'intérêt de ses cohéritiers ou des héritiers d'un degré subséquent.

Elle est l'application d'un principe de droit civil en même temps qu'elle a un caractère de pénalité. Le détournement ou le recel commis après l'ouverture de la succession est un *acte de disposition* qui entraîne l'acceptation *pure* et *simple* (art. 778 et *suprà*, nos 1393-1395); donc, le successible qui n'aurait encore renoncé ni accepté, ou qui aurait accepté sous bénéfice d'inventaire, deviendrait héritier pur et simple (art. 801). Mais le recel ou le divertissement commis avant l'ouverture de la succession entraîne aussi la déchéance du droit de renoncer. (Cass. fr., 5 août 1869, D., 1870, 1, 84.)

1419. Quel serait l'effet d'un divertissement commis après la renonciation? Il faut distinguer :

1° Si un héritier d'un degré subséquent n'avait pas encore accepté, le divertissement constituerait un acte d'acceptation. Toutefois, comme le coupable ne pourrait s'en prévaloir dans son

intérêt, l'héritier du degré subséquent ou le cohéritier, s'il y avait un intérêt, pourrait maintenir la renonciation.

2° Si un autre héritier avait déjà accepté la succession, le divertissement constituerait un vol.

III. DES EFFETS DE LA RENONCIATION.

1420. 1° « L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier » (art. 785). La renonciation a l'effet d'une condition résolutoire; de même que l'acceptation, elle remonte au jour de l'ouverture de la succession (arg. art. 777); elle anéantit donc la saisine.

Toutefois les actes conservatoires et d'administration provisoire, qui ne constituent pas des faits d'acceptation et que l'héritier a pu valablement faire dans l'intervalle entre l'ouverture de la succession et sa renonciation, sont valables tant pour la succession que pour les tiers. L'héritier qui a fait ces actes et qui a renoncé doit être considéré comme ayant été le *negotiorum gestor* de la succession pendant cet intervalle. Ainsi, par exemple, il a valablement vendu les objets difficiles à conserver, interrompu les prescriptions ou renouvelé les hypothèques pour la succession.

1421. 2° « La part du renonçant accroît à ses cohéritiers; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent » (art. 786).

La part du renonçant n'accroît pas toujours à *tous* ses cohéritiers, et elle n'est pas toujours dévolue au degré subséquent, c'est-à-dire au parent le plus proche après le renonçant. C'est pourquoi on a mieux formulé le principe de l'article 786 en ces termes : « *La renonciation profite à ceux auxquels la présence de l'héritier qui a renoncé faisait obstacle* » ; en d'autres termes, la part du renonçant est dévolue aux autres parents du défunt suivant l'ordre des successions établi par la loi. (Voy. *suprà*, nos 1316 et suiv.) Ainsi dans les cas où le partage de la succession se fait par souche, l'accroissement a aussi lieu par souche; si le partage se fait par tête, l'accroissement se fait aussi par tête. Par exemple, X a deux fils, A et B; A est mort en laissant trois enfants, C, D, E. X meurt ; C renonce à sa part dans la succession de son grand-père, laquelle est d'un sixième. La part dévolue à C accroît

exclusivement à ses deux frères D et E, et non pas à leur oncle et cohéritier A.

Supposons, dans le même cas, que B avait aussi deux enfants F et G; que A et B ont été déclarés indignes de recueillir la succession de leur père X, et qu'elle a été déférée à ses cinq petits-fils. C renonce à sa part; elle accroît par portions égales à ses quatre cohéritiers D, E, F et G.

Si X avait laissé plusieurs héritiers paternels et maternels et que l'un des héritiers de la ligne paternelle eût renoncé à la succession, sa part accroîtrait, non pas à tous ses cohéritiers, mais seulement aux cohéritiers de la ligne paternelle.

En vertu du même principe, si X, le défunt, avait laissé pour héritiers son père, sa mère et ses frères, la portion du père renonçant accroîtrait exclusivement à ses frères. (Voy. *suprà*, n° 1319, 3°.)

Si l'héritier qui a renoncé n'avait pas de cohéritiers, la succession serait dévolue aux héritiers du degré subséquent de la même classe, et, à son défaut, à la classe suivante.

L'accroissement n'a pas lieu d'une ligne à l'autre, à moins qu'il n'existe plus de parents dans la ligne du renonçant (art. 755, voy. *suprà*, n° 1299.)

1422. La succession ne pouvant être acceptée ni répudiée en partie, la part du renonçant accroît *nécessairement* à celle de l'acceptant, même dans le cas où la renonciation a eu lieu après que le renonçant a été restitué contre son acceptation en vertu de l'article 783, par suite de la découverte d'un testament inconnu jusqu'alors. (Demolombe, t. XIV, n° 566.) Ce dernier point est controversé. Quelques auteurs distinguent ainsi : si l'acceptation de ses cohéritiers est *antérieure* à celle qu'il a fait rescinder, l'accroissement est forcé; puisque en acceptant *avant* lui ils avaient volontairement accepté la chance d'avoir toute l'hérédité, bonne ou mauvaise. Si l'acceptation est *postérieure*, l'accroissement est facultatif, parce que dans ce cas leur acceptation n'a été qu'une suite de celle qu'avait faite leur cohéritier : ils n'ont consenti à prendre à leur risque le fardeau de la succession que parce qu'ils comptaient n'être pas seuls à le porter.

Cette distinction ne nous paraît pas fondée sur la loi; elle est arbitraire. Mais on pourrait soutenir non sans raison que, dans

le cas dont il s'agit, l'héritier qui a accepté et qui a dû nécessairement subir l'accroissement peut se faire restituer contre sa propre acceptation et renoncer ensuite à toute l'hérédité. (Voy. Zachariæ, §§ 611 et 609, éd. belge, t. II, p. 404, note 7, et p. 394, note 4.)

1423. 3° L'héritier renonçant ne peut pas être représenté. « On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé : si le renonçant est seul héritier de son degré, ou si tous les cohéritiers renoncent, les enfants viennent de leur chef et succèdent par tête », dit l'article 787. (Voy. l'article 744 et *suprà*, n° 1312.)

IV. DE L'ANNULATION ET DE LA RÉVOCATION DE LA RENONCIATION.

1424. En principe, la renonciation, de même que l'acceptation, est *irrévocable*.

Ce principe est soumis aux exceptions et modifications suivantes.

A. *Des cas où la renonciation peut être annulée ou révoquée à la demande du renonçant lui-même.*

1425. Le renonçant peut demander la nullité :

1° Pour cause d'*incapacité*, si la renonciation a eu lieu sans les formalités prescrites par la loi. Cette action dure *trente* ans, et non pas seulement dix ans, à partir de l'ouverture de la succession (art. 2262 et 1304 du code civil).

2° La nullité peut être demandée pendant le même délai, si la renonciation a été la suite d'un dol pratiqué ou d'une violence exercée contre le renonçant (arg. art. 1109 et 783).

3° Il en est de même lorsque, par erreur, la renonciation a pour objet une autre succession que celle à laquelle l'héritier voulait renoncer (arg. des art. 1109 et 1110). (Voy., sur ces trois cas, *suprà*, n° 1410.)

La restitution contre la renonciation n'est admise pour aucune autre espèce d'erreur ni pour cause de lésion (arg. art. 1118 et 783). Donc l'héritier n'est pas admis à réclamer contre sa renonciation, ni dans l'hypothèse où il n'a renoncé à l'hérédité que parce qu'il la croyait absorbée ou diminuée de plus de moitié par un testament, dont la fausseté ou la révocation aurait été

depuis découverte. L'article 783 ne peut pas être invoqué, d'abord parce que la disposition qu'il contient est exceptionnelle; ensuite parce que l'acceptant, qui demande la nullité de son acceptation, *certat de damno vitando,* tandis que le renonçant, qui sollicite la rétractation de la renonciation, *certat de lucro captando.*

« L'annulation de la renonciation n'est pas admise non plus dans l'hypothèse où l'héritier n'a renoncé que pour s'en tenir à une donation ou à un legs dont la nullité aurait été ultérieurement prononcée, ou qui se trouverait inefficace comme portant atteinte à la réserve. Si, dans ces cas, le successible avait expressément fait dépendre sa renonciation de la condition de la validité ou de l'efficacité de la donation ou du legs, cette renonciation serait *conditionnelle* et devrait, par cela seul, être déclarée nulle ou non avenue. » (Zachariæ, § 613, éd. belge, t. II, p. 413, notes 9-11, et p. 414, note 1; voy. aussi *suprà*, nos 1382 et 1399, et Liége, 13 décembre 1876, P., 1877, 113.)

L'application rigoureuse de la règle, que toute renonciation conditionnelle est nulle, peut conduire à des résultats très-iniques dans le cas que nous venons de citer. Mais cette iniquité est alors une conséquence du principe, inconnu en droit romain, que *nul ne peut être à la fois héritier et légataire.* (Voy. *infrà*, n° 1517.)

Si l'héritier avait accepté une succession et que l'on découvrît plus tard un testament, qui lui donnerait un legs d'une valeur supérieure à sa portion héréditaire, il pourrait demander la rescision de son acceptation en vertu de l'article 783, si l'acceptation l'avait lésé de plus de la moitié.

1426. La loi permet au renonçant de revenir sur sa renonciation, tant que la succession n'a pas encore été acceptée par un autre héritier.

« La faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers » (art. 789).

« Tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas été déjà acceptée par d'autres héritiers; sans préjudice néanmoins des droits qui peuvent être

acquis à des tiers sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante » (art. 790).

Ces dispositions donnent beaucoup de difficultés aux interprètes. Elles n'existaient pas dans l'ancien droit; ce sont des innovations du code civil.

1427. En droit romain, la répudiation de la succession était définitive. L'héritier qui avait renoncé ne pouvait plus l'accepter. (Voy. § 7, J., *De hæredum qualitate et differentia*, 2, 19; Gajus *Commentar.*, L. II, § 169; Ulpien, *Fragmenta*, tit. XXII, § 29; L. 4, C., *De repudianda hæreditate*, 6, 31.)

Il en était de même dans l'ancien droit français. « Celui qui répudie une succession », dit Pothier, « perd absolument la faculté qu'il avait de l'accepter, et il n'y peut plus dorénavant revenir que par la voie de la restitution en entier dans le cas auquel elle peut être accordée »; et il reprend Lebrun pour avoir enseigné l'opinion contraire. (*Tr. des Successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 3, et sect. IV, § 4.)

En ce qui concerne la prescription, on suivait les principes généraux. Tant qu'une succession n'était pas acceptée ni répudiée, elle était *jacens* (*suprà*, n° 1236). Le droit d'accepter étant de pure faculté (*meræ facultatis*, code civil, art. 2232) ne se prescrivait pas; l'héritier pouvait toujours l'exercer; mais naturellement ce droit était stérile si la pétition d'hérédité était prescrite par le laps de trente ans, pendant lequel un autre, parent ou étranger, en avait eu la possession. Nous ne voyons pas d'autres règles dans l'ancien droit français.

Il en était de même de la faculté de *renoncer* à la succession; l'héritier pouvait renoncer tant qu'il n'avait pas *accepté*, parce qu'on ne rétorquait pas la saisine contre lui, en le déclarant héritier malgré lui, après trente ans.

1428. On se demande d'abord quel est le sens de l'article 789? Beaucoup de systèmes d'interprétation ont été proposés; nous nous bornons à rappeler sommairement les principaux.

1° Après trente ans, l'héritier doit être considéré comme *acceptant* à l'égard des créanciers, et comme *renonçant* à l'égard de ses cohéritiers ou d'autres successibles d'un degré subséquent, des débiteurs et des détenteurs des biens de la succession. (Delvin-

court, t. II, p. 31.) C'est un système juridiquement impossible : on ne peut pas à la fois être héritier et ne pas l'être ; il est inique, parce qu'il dépouille l'héritier de l'actif, en lui laissant le passif; il est contraire au texte de l'article 789, qui déclare prescrite la faculté *d'accepter* ou *de renoncer*, et non la faculté d'accepter *et* celle de renoncer.

2° Après trente ans, l'héritier qui n'a pas accepté est censé *avoir renoncé*. (Duranton, t. VI, n° 488.) Ce système est également contraire au texte de l'article 789, parce qu'il fait prescrire non pas l'*option*, mais la *faculté d'accepter* ; il est contraire à l'article 784, parce que la renonciation doit être *expresse* et ne se présume pas. Puis, en général, la prescription a pour but de consolider et de rendre légal un état de possession; ici ce serait le contraire, elle viendrait renverser et convertir en une *renonciation* une possession (saisine) établie par la loi et qui aurait duré trente ans.

1429. 3° Le droit de l'héritier sur la succession est un droit *réel*, qu'il peut abandonner par un acte *unilatéral*, de même que le propriétaire peut abandonner sa propriété (*derelictio*), ou que l'on peut abandonner un autre droit réel. La renonciation est un acte unilatéral qui a quelque analogie avec l'abandon. Mais, tant que personne n'a *profité* de cet abandon ni acquis des droits par suite de la renonciation, la loi autorise l'héritier qui a renoncé à reprendre la succession (art. 790).

L'article 789 dit que la *faculté d'accepter ou de répudier* une succession se prescrit par trente ans; donc, c'est l'*option* qui se prescrit par trente ans. Or, quand l'héritier a-t-il une option? Après l'ouverture de la succession; alors il peut choisir entre l'acceptation et la répudiation; mais de droit il est *saisi*, il est héritier, sauf à préférer n'avoir pas cette qualité. Si pendant trente ans *il ne fait rien*, il a perdu l'option, il reste ce qu'il était, *héritier*. Si, au contraire, l'héritier a renoncé, il est dessaisi, et son cohéritier ou héritier du degré suivant est *saisi*. Toutefois l'héritier renonçant conserve le droit de reprendre la succession pendant trente ans, pourvu que l'héritier du degré suivant n'ait pas accepté, et que ce dernier *soit resté dans l'inaction*. Mais, même après trente ans d'inaction de la part du cohéritier ou de l'héritier du degré suivant, le renonçant ne pourrait plus reprendre l'hérédité; son droit serait prescrit. Donc, après trente

ans l'héritier a perdu la qualité dont il n'était pas en possession.

Mais si, après la renonciation, un autre héritier *a accepté*, ou si un successeur irrégulier s'est *fait envoyer en possession*, le renonçant ne peut plus revenir sur sa renonciation. C'est l'opinion d'un grand nombre d'auteurs. (Demante, t. III, n° 110 *bis*; Delsol, t. II, p. 90-92; Chabot sur l'article 789; Marcadé sur l'article 789, II; Demolombe, t. XIV, n° 315.)

On a élevé contre ce système l'objection très-fondée que l'héritier qui aurait ignoré l'ouverture d'une succession pourrait, après trente ans, être réputé acceptant, par cela seul qu'il aurait perdu l'option, et être ainsi, à son insu, responsable de toutes les dettes héréditaires. Pour écarter cette conséquence, quelques auteurs soutiennent que l'héritier pourrait encore, après trente ans, accepter la succession sous bénéfice d'inventaire (Marcadé sur l'article 789, II); c'est à tort, car si, apres trente ans, l'héritier a perdu *toute* option, il ne peut plus accepter sous bénéfice d'inventaire. Il restera ce qu'il était au moment du décès du *de cujus*, héritier pur et simple. Mais, même indépendamment de cette objection, cette opinion est inadmissible, car la prescription de l'option dont il s'agit ici ne ferait pas simplement *perdre un droit* à l'héritier, elle *le chargerait aussi de toutes les dettes héréditaires*, et il serait difficile de trouver dans une législation quelconque, ancienne ou moderne, l'exemple d'une prescription qui produirait un semblable effet. Il n'est pas probable que les auteurs du code civil aient voulu introduire une institution nouvelle, sans précédent dans l'histoire; au moins cette intention n'est établie par aucun mot des travaux préparatoires.

1430. 4° Nous croyons que l'on a attaché trop d'importance aux mots « *la faculté d'accepter ou de répudier* », et que l'on s'est inutilement évertué à donner à ces mots un sens tout spécial, nouveau, contraire à l'histoire, alors que le législateur n'a en aucune manière révélé son intention de faire une innovation. Nous partageons l'avis de ceux d'après lesquels l'article 789 est l'application du droit commun, que la *faculté d'accepter ou de répudier* est simplement *le droit héréditaire*, et que c'est ce droit qui se prescrit par trente ans, absolument comme sous l'ancienne législation. Ainsi, le successible devient, après trente ans, étranger à la succession; il ne peut plus accepter et il ne peut plus y

renoncer. En écrivant l'article 789, le législateur a eu pour principal but, non d'établir une *nouvelle espèce* de prescription, soumise à des conditions produisant des effets jusqu'alors inconnus; mais de déterminer la *durée* du droit héréditaire et de la pétition d'hérédité. Et pour cela il avait une très-bonne raison. Le titre de la *Prescription* n'avait pas encore été voté; il ne fut promulgué que le 26 mars 1804, c'est-à-dire environ onze mois après celui des *Successions*, promulgué le 29 avril 1803. Il importait de faire cesser sans retard les incertitudes et les inégalités qui régnaient en cette matière sous l'ancien droit. D'après les lois romaines, la pétition d'hérédité durait trente ans; mais quelques coutumes la déclaraient prescrites par un moindre terme; par exemple, celle d'Artois et celle de Douai par vingt ans, les chartes générales du Hainaut par douze ans pour les hérédités mobilières. (Merlin, *Répert.*, v° *Hérédité*, n° V.) Pour abroger immédiatement toutes ces *courtes* prescriptions, l'article 789 déclare que la faculté d'accepter ou de répudier une succession, c'est-à-dire le droit héréditaire, se prescrit par le laps de temps requis pour la *prescription la plus longue* des droits immobiliers.

Donc, la pétition d'hérédité est régie par les principes généraux sur la prescription. De là il suit que l'acceptation et la répudiation de la succession étant des actes de pure faculté ne peuvent se prescrire, tant qu'une autre personne n'a pas violé le droit de l'héritier, c'est-à-dire qu'elle n'a pas appréhendé l'hérédité; peu importe que cette personne ait ou non la qualité de parent ou de successeur irrégulier. De là il suit encore que la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où un autre s'est mis en possession de la succession. (Voy. *infrà*, t. IV, au titre des *Prescriptions*, chap. VI, sect. I, I, A et B.) C'est en ce sens que se prononce Dalloz, *Répert.*, v° *Succession*, n° 591 et qu'ont jugé Rouen, 29 juin 1870, D., 1871, 2, 239, et Bourges, 28 novembre 1871, D., 1872, 2, 138.

Quelques auteurs et plusieurs arrêts admettent en thèse générale que la prescription de la faculté d'accepter ou de répudier la succession n'est autre chose que la prescription du droit héréditaire, mais avec une nuance importante. Selon eux, il résulte du texte de l'article 789 que le droit de l'héritier est perdu après trente ans, par cela seul qu'il est resté inactif, alors même que

personne ne se serait mis en possession de l'hérédité. (Laurent, t. IX, nos 481-483; Cass. fr., 13 juin 1855, D., 1855, 1, 253; Paris, 11 décembre 1858, D., 1858, 2, 222; Gand, 7 juin 1867, P., 1868, 340; Liége, 24 mai 1877, P., 1878, 13 et la note.)

Une opinion aussi contraire aux principes fondamentaux sur la prescription ne pourrait être admise que si elle résultait clairement du texte de la loi. Mais le texte de la loi la repousse. Par cela même que la loi dit que la faculté d'accepter ou de répudier la succession *se prescrit*, elle la soumet à toutes les règles sur la prescription, et aucune disposition du code ne nous autorise explicitement ni implicitement à nous écarter de ces règles.

1431. L'héritier renonçant ne peut plus accepter la succession si elle a été acceptée soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire, soit antérieurement ou postérieurement à cette renonciation, par d'autres héritiers ou par des successeurs irréguliers ou par des légataires ou donataires à titre universel. Le mot *héritiers* doit être pris ici en sens large. Il importe peu que l'acceptation ait été faite par des successibles placés au degré immédiatement subséquent, ou par des parents d'un degré plus éloigné.

1432. Comme la succession est devenue vacante par la renonciation de l'héritier à qui elle était dévolue (art. 811 et *infrà*, no 1467), elle a été valablement représentée par le curateur; les actes faits par lui sont obligatoires pour l'héritier qui reprend la succession.

La prescription court aussi contre la succession vacante, et l'acceptation ne peut pas préjudicier aux droits acquis à des tiers par prescription (art. 2258). Il en est de même en ce qui concerne la prescription, dans le cas où l'héritier qui reprendrait la succession après une première renonciation serait mineur ou interdit. (Voy. *suprà*, no 737.)

B. *De l'annulation de la renonciation par les créanciers.*

1433. « Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place.

« Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur

des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances : elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé » (art. 788).

Cette disposition est une application de l'article 1167 du code, où est le siége de la matière.

L'action révocatoire ou paulienne n'était pas admise en droit romain contre la renonciation qu'un débiteur avait faite à une succession qui lui était échue, parce que la renonciation était considérée comme un acte par lequel il avait *négligé d'augmenter son patrimoine*, et que l'action paulienne ne pouvait être intentée que contre les actes par lesquels le débiteur avait *positivement diminué* son patrimoine. Fr. 6, pr. D., *Quæ in fraudem creditorum*, 42, 8 : « *Quod autem, cum possit aliquid quærere, non id agit, ut adquirat; ad hoc edictum non pertinet : pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur* », dit Ulpien; et fr. 134, pr. D., *de R. J.*, 50, 17 : « *Non fraudantur creditores cum quid non acquiritur a debitore : sed cum quid de bonis diminuitur.* » Dans le même sens s'exprime le fr. 5, § 13, D., *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1.

Mais l'ancienne jurisprudence française donnait à l'action révocatoire plus d'étendue que le droit romain; elle l'admettait même contre la renonciation à une succession. (Pothier, *Successions*, chap. III, sect. III, § 3.) Elle ne distinguait pas, ainsi que quelques auteurs l'avaient proposé, entre les successions aux propres et les successions aux acquêts, ni entre les successions collatérales et les successions directes, dont les unes, disait-on, *étant moins dues* que les autres, ne promettaient pas aux créanciers un gage aussi certain. (Demolombe, t. XV, n° 78.)

Les auteurs du code ont conservé la règle de l'ancienne jurisprudence.

1434. Le droit de demander la nullité n'appartient qu'aux créanciers *antérieurs* à la renonciation; car les créanciers *postérieurs* n'ont jamais pu compter sur une succession que l'héritier avait déjà répudiée avant de devenir leur débiteur.

Sur la question de savoir si, pour que la renonciation puisse être attaquée, il suffit d'un simple préjudice, ou bien s'il faut une fraude, voy. au titre *Des Contrats*, etc.

Les créanciers agissent d'abord, en vertu de l'article 1167,

par l'action paulienne ou révocatoire, en *annulation* de la renonciation ; puis, en vertu de l'article 1166, ils intentent l'action *subrogatoire* pour se faire autoriser à exercer les droits de leur débiteur, c'est-à-dire à *accepter* la succession. D'après les règles générales sur ces deux actions, elles ne peuvent être intentées que dans la mesure de l'intérêt des créanciers. De là la conséquence que la renonciation subsiste au profit des cohéritiers ou de l'héritier d'un degré subséquent, quand les créanciers sont payés.

1435. On s'est demandé si les héritiers acceptants peuvent se faire tenir compte par le renonçant de la valeur des biens absorbés par les créanciers par suite de l'annulation de la renonciation?

Cette question doit être décidée négativement, par la simple raison que toute action doit avoir un fondement juridique, et que ce fondement fait défaut à l'action des cohéritiers acceptants. Ils n'ont jamais rien dépensé de leur propre patrimoine pour payer les dettes du renonçant. Après l'annulation de la renonciation (qui est une aliénation), la succession était considérée comme étant encore dans le patrimoine du renonçant : *res in bonis debitoris mansit,* dit le § 6, J., *De actionibus,* 4, 6. Or, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (code civ., art. 2093).

SECTION III.

DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, DE SES EFFETS ET DES OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE (art. 793-810).

I. NOTIONS GÉNÉRALES ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1436. Treilhard, dans l'Exposé des motifs, n° 29, disait : « Ne doit-il pas y avoir *un terme moyen* entre l'acceptation pure et simple qui soumet l'héritier à toutes les charges sans exception quoiqu'elles excèdent de beaucoup les bénéfices, et la renonciation qui le dépouille de tout sans retour, encore que par l'événement l'actif se trouve surpasser de beaucoup les dettes? Laissera-t-on nécessairement l'héritier entre la crainte d'une ruine totale par une acceptation hasardée, et la certitude d'un dépouillement absolu par une renonciation méticuleuse? » (Locré,

p. 195.) Or, ce terme moyen, c'est l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire.

On peut donc définir le bénéfice d'inventaire un mode d'acceptation qui, tout en garantissant les droits des créanciers de la succession et des légataires, donne à l'héritier l'avantage de n'être tenu des dettes et charges que jusqu'à concurrence de l'actif de la succession et de ne pas confondre son patrimoine personnel avec celui du défunt (art. 802).

1437. D'après l'ancien droit romain, l'acceptation de la succession opérait toujours une confusion du patrimoine du défunt et de celui de l'héritier (*confusio bonorum hæredis et defuncti*); ces deux patrimoines étaient considérés comme un seul. L'héritier était tenu, sur ses biens personnels, de toutes les dettes de la succession et de tous les legs et fidéicommis laissés par le défunt; fr. 8, D., *De acq. vel omitt. hæred.*, 29, 2; l. 10, l. 22, §§ 12 et 14, C., *De jure deliberandi*, 6, 30; fr. 1, pr. et § 1, fr. 3, D., *De except. rei venditæ et traditæ*, 21, 3; il était tenu de ces derniers *quasi ex contractu*. § 5, J., *De oblig. quæ quasi ex contr.*, 3,28. Le soldat seul avait le privilége de n'être tenu que jusqu'à concurrence des biens de la succession. L. 22, pr. § 15, C., *De jure deliberandi*, 6, 30.

La rigueur de ce principe fut d'abord tempérée par le *beneficium abstinendi* au profit du *suus hæres*; plus tard, par le *jus deliberandi* introduit au profit de tous les héritiers indistinctement. (Voy. *suprà*, n° 1381.)

Le *jus deliberandi* était une garantie insuffisante; car il pouvait arriver qu'une succession acceptée comme bonne fût mauvaise en effet, ou qu'une succession qui paraissait d'abord mauvaise fût bonne, et que l'héritier, dans la crainte de compromettre son patrimoine, y eût renoncé, c'est-à-dire s'en fût dépouillé irrévocablement, puisque la renonciation était irrévocable.

C'est pour ce motif que Justinien, par la loi 22, pr. et §§ 14 et 15, C., *De jure deliberandi*, 6, 30, introduisit le *bénéfice d'inventaire*, tout en laissant subsister le *jus deliberandi* avec tous ses effets, de sorte que ces deux institutions existaient concurremment; mais il n'était pas permis d'en cumuler les avantages. L'héritier devait choisir. Le temps pour délibérer était plus long que celui pour faire inventaire. L'inventaire devait être régu-

lièrement commencé dans les trente jours du décès, et il devait être terminé dans les soixante jours suivants. Si l'héritier voulait profiter du *jus deliberandi*, il ne jouissait pas des effets avantageux du bénéfice d'inventaire ; s'il acceptait sous bénéfice d'inventaire, il ne pouvait plus délibérer après la confection de l'inventaire. Le principe du bénéfice d'inventaire était admis dans *toute* l'ancienne France. Dans les pays de *droit écrit*, les lois romaines ayant, comme dit Pothier, « par la permission du roi, force, autorité et caractère de loi », l'héritier pouvait, en faisant inventaire conformément à ces lois, jouir du bénéfice d'inventaire « *sans obtenir aucunes lettres royaux* » pour cet effet.

Dans les pays *coutumiers*, le droit romain n'ayant pas force de loi par lui-même, ne pouvait pas donner le bénéfice d'inventaire; l'héritier, pour en jouir, devait l'obtenir du roi, par des lettres qui se délivraient en la grande chancellerie. Il en était de même dans les pays dont les coutumes contenaient des dispositions organiques du bénéfice d'inventaire, par exemple dans celles d'Orléans et de Paris. Mais quelques coutumes *accordaient expressément* le bénéfice d'inventaire, telles que celles de Bretagne, de Berry et quelques autres ; là, les *lettres royaux* n'étaient pas nécessaires. (Pothier, *Successions*, chap. III, sect. III, art. 2, § 3.)

1438. Dans les pays de droit coutumier, on suivait la règle : *L'héritier simple exclut l'héritier par bénéfice d'inventaire*. La règle était restreinte aux parents collatéraux. (Loysel, *Inst. coutum.*, n° 320.)

Elle était introduite, comme disent les anciens auteurs, pour trois motifs : 1° *favore defuncti;* car l'acceptation pure et simple faisait plus d'honneur à la mémoire du défunt que l'acceptation faite sous bénéfice d'inventaire, et en cas d'insolvabilité, ses biens ne doivent pas nécessairement être vendus *à l'encan* publiquement ; 2° *favore creditorum*, parce que l'héritier est tenu envers eux *ultra vires* sur ses biens propres ; 3° enfin *favore legatariorum* ; les légataires peuvent attaquer l'héritier personnellement, tant qu'il ne justifie pas que les biens de la succession sont insuffisants pour payer les legs. (Pothier, *Successions*, chap. III, sect. III, art. 3, § 2.)

L'héritier bénéficiaire pouvait être exclu par un parent du

même degré ou par un parent d'un degré plus éloigné qui se portait héritier pur et simple. Mais alors l'héritier bénéficiaire pouvait éviter l'exclusion en acceptant lui-même la succession purement et simplemeut.

1439. Le *jus deliberandi* était, paraît-il, tombé en désuétude. L'ordonnance de 1667, principale source du code civil en cette matière, a fondu en une les deux institutions romaines. Elle donne au successible trois mois, à partir du jour où l'ouverture de la succession lui est connue, pour faire inventaire, et quarante jours, depuis que l'inventaire est achevé, pour délibérer sur le parti à prendre.

1440. Le code civil a conservé ce système. Tout héritier reçoit *directement de la loi* le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire (art. 774), et l'héritier pur et simple n'est plus préféré à l'héritier bénéficiaire.

L'héritier ne peut pas renoncer du vivant de son auteur à la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire; ce serait une stipulation sur une succession future (art. 791, 1130).

S'il y a plusieurs héritiers, l'un peut accepter purement et simplement, l'autre sous bénéfice d'inventaire.

Les autres *successeurs à titre universel*, c'est-à-dire les successeurs irréguliers (voy. *suprà*, n° 1232), les légataires et les donataires universels par contrat de mariage, les légataires et les donataires à titre universel *peuvent* aussi accepter la succession sous bénéfice d'inventaire. Quant à la question de savoir s'ils *doivent* accepter bénéficiairement pour ne pas être tenus *ultrà vires*, elle sera discutée plus tard.

1441. En règle, l'acceptation bénéficiaire est *facultative*. Toutefois dans quelques cas la succession ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, savoir : 1° pour les mineurs et les interdits (art. 461 et 776, alin. 2) : 2° dans le cas de l'article 782. (Voy. *suprà*, n° 1384.)

1442. Le *de cujus* peut-il défendre à son successeur d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire? C'est une question très-controversée déjà sous l'ancien droit, et elle l'est encore. Il faut distinguer :

1° Cette défense est imposée aux successeurs appelés par la loi, sans aucune sanction ni pénalité, et sans que le testateur ait

appelé à la succession un légataire pour le cas où le successeur appelé par la loi ne se conformerait pas à la condition qui lui a été imposée. Dans ce cas, la défense est inopérante. Personne n'a droit ni qualité pour en réclamer l'exécution si le successeur appelé par la loi ne s'y conforme pas.

2° La défense est imposée à l'héritier réservataire majeur ou mineur, peu importe. Elle est nulle, car la réserve ne peut être restreinte ni vinculée par aucune condition.

Ces deux cas ne nous semblent pas susceptibles de doute.

Quant aux autres cas, il y a trois systèmes :

A. La défense du bénéfice d'inventaire est toujours valable, tant pour le successeur *ab intestat* que pour le successeur institué, parce qu'elle ne touche qu'à l'intérêt privé du successeur.

B. Cette prohibition est toujours nulle.

C. Il faut distinguer : la prohibition est nulle si elle est imposée au successeur appelé par la loi, même non réservataire; elle est valable pour le successeur appelé par la volonté de l'homme.

La distinction faite par plusieurs auteurs, et vers laquelle incline aussi M. Demolombe, sans l'admettre toutefois, entre le cas où la prohibition est imposée au successeur légal et le cas où elle est imposée au successeur appelé par la volonté du testateur, ne nous semble pas fondée. Car le successeur appelé par la loi, s'il n'est pas réservataire, succède aussi par la volonté du *de cujus*, qui aurait pu lui enlever la succession; la loi est son testament présumé. Les deux cas doivent être placés sur la même ligne, et nous croyons que la prohibition dont il s'agit est parfaitement légale. La défense d'accepter sous bénéfice d'inventaire n'est en effet que d'ordre privé et n'intéresse pas l'ordre public. C'est une erreur de dire que l'héritier reçoit sa vocation de la loi, et qu'il doit conserver le droit de l'accueillir avec le choix que la loi lui donne ; c'est de la volonté du testateur que l'héritier vient à la succession, et il n'y viendra pas lorsque le testateur y a appelé un autre pour le cas où l'héritier n'accomplirait pas la condition qui lui est imposée. D'ailleurs n'y a-t-il pas inconséquence à dire que le testateur a le droit d'enlever à l'héritier la succession, mais qu'il n'a pas le droit de ne la lui laisser qu'à condition de ne pas accepter sous bénéfice d'inventaire? Le testateur n'*impose* à l'héritier aucune chance, aucune responsabilité indéfinie;

il lui laisse la liberté d'examiner, par tous les moyens en son pouvoir, l'état de la succession, et de la répudier s'il le trouve à propos. Rappelons un argument historique. Autrefois l'acceptation bénéficiaire était considérée comme portant atteinte à la mémoire du défunt, et les coutumes donnaient à l'héritier prêt à accepter purement et simplement la préférence sur l'héritier bénéficiaire (n° 1438). Le code a aboli cette préférence, mais il n'a pas changé nos mœurs et notre manière de sentir. Encore aujourd'hui nous considérons l'acceptation pure et simple comme plus honorable pour le défunt que l'acceptation bénéficiaire. Comment le souci que le défunt prend de son honneur pourrait-il être contraire à l'ordre public? (Voy., sur cette question, Demolombe, t. XV, n° 126, qui se prononce en sens contraire.)

Nous exceptons cependant le cas où la succession est dévolue au mineur ou à l'interdit, et voici pourquoi. Alors la défense d'accepter sous bénéfice d'inventaire équivaut à l'*exclusion*. Le testateur ne veut pas que l'acceptation soit bénéficiaire; la loi ne permet pas qu'elle soit pure et simple (art. 461); donc la condition est légalement impossible pour le mineur; elle est possible pour le majeur. L'institution sous une condition légalement impossible serait donc une véritable exclusion si, d'après l'article 900, les conditions contraires à la loi n'étaient pas réputées non écrites. L'institution du mineur sera donc réputée être pure et simple.

II. DES CONDITIONS REQUISES POUR LE BÉNÉFICE D'INVENTAIRE.

1443. 1° Il faut une déclaration de volonté d'accepter sous bénéfice d'inventaire. L'article 793 porte : « La déclaration d'un héritier, qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit être faite au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte : elle doit être inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation. »

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire, de même que la renonciation, doit être rendue publique, et par les mêmes moyens; elle a une grande influence sur la position de l'héritier, qui intéresse les tiers, c'est-à-dire les créanciers et les légataires.

1444. 2° Il faut faire un *inventaire* dans les formes et les dé-

lais prescrits par la loi : « Cette déclaration n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succession, dans les formes réglées par les lois sur la procédure, et dans les délais qui seront ci-après déterminés » (art. 794). L'héritier peut donc faire d'*abord l'inventaire* et puis la déclaration, ou commencer par la déclaration et faire l'inventaire après. Il est plus prudent de ne faire la déclaration qu'*après* l'inventaire; car, en vertu de la règle : *semel hæres semper hæres*, celui qui aurait commencé par déclarer qu'il acceptait sous bénéfice d'inventaire ne pourrait plus *renoncer*.

1445. *A*. Quant aux *formes* de l'inventaire, elles sont réglées par les articles 941-944 du code de procédure civile. Il doit être fait avec les formalités communes à tous les actes notariés.

B. Quant aux *délais*, « l'*héritier* a trois mois pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession. Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa renonciation, un délai de quarante jours, qui commencent à courir du jour de l'expiration des trois mois donnés pour l'inventaire, ou du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant les trois mois » (art. 795; code de procédure, art. 174).

1446. Pendant l'époque fixée pour faire inventaire et pour délibérer, le successible doit s'abstenir de faire un acte d'héritier; mais il peut faire des actes purement conservatoires, conformément à l'article 796 portant :

« Si cependant il existe dans la succession des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver, l'héritier peut, en sa qualité d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation, se faire autoriser par justice à procéder à la vente de ces effets. Cette vente doit être faite par un officier public, après les affiches et publications réglées par les lois sur la procédure » (voy. aussi art. 779 et *suprà*, n° 1394).

Le successible doit, à cet effet, présenter requête au président du tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte (code de procédure, art. 986), et la vente se fera conformément aux articles 989 et 945 du même code.

1447. « Pendant la durée des délais pour faire inventaire et pour délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation : s'il renonce

lorsque les délais sont expirés ou avant, les frais par lui faits légitimement jusqu'à cette époque sont à la charge de la succession » (art. 797; code de procédure, art. 174).

La loi dit que l'héritier *ne peut être contraint à prendre qualité;* mais elle ne défend pas aux créanciers de poursuivre leurs droits contre la succession; l'héritier leur opposera alors une exception *dilatoire*, il demandera un délai pendant lequel les poursuites seront suspendues.

« Après l'expiration des délais de trois mois et quarante jours, l'héritier, en cas de poursuite dirigée contre lui, peut demander un nouveau délai, que le tribunal saisi de la contestation accorde ou refuse suivant les circonstances » (art. 798). Si l'héritier n'est pas poursuivi, il n'a pas besoin de demander un nouveau délai.

1448. De l'effet de l'expiration des délais de trois mois et quarante jours. — Divers cas peuvent se présenter. Il faut distinguer :

1° L'héritier n'a pas fait acte d'héritier et il n'existe pas de jugement contre lui. Nonobstant sa déclaration de vouloir accepter sous bénéfice d'inventaire, si l'inventaire n'est pas achevé, les créanciers peuvent agir contre lui afin de le faire condamner comme héritier pur et simple, et les frais de la poursuite sont à sa charge personnelle, à moins qu'il ne justifie, ou qu'il n'avait pas eu connaissance du décès, ou que les délais ont été insuffisants, soit à raison de la situation des biens, soit à raison des contestations survenues. S'il fait cette justification, les frais de poursuite sont à la charge de la succession (art. 799). Mais l'héritier *peut conserver* la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire (art. 800). Deux cas peuvent se présenter :

a. Ou l'héritier n'a encore fait absolument *aucune déclaration* : il est encore entier dans son option entre les trois partis : d'accepter purement et simplement, de renoncer ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire (voy. *suprà*, n° 1382). Cette faculté ne se prescrit que par trente ans (art. 789 et *suprà*, n°s 1428-1429).

b. Ou l'héritier a fait la déclaration de vouloir accepter sous bénéfice d'inventaire. Il peut encore faire inventaire et accepter bénéficiairement, ou purement et simplement, mais il ne peut plus *renoncer*, à moins d'avoir pris dans sa déclaration la simple

qualité d'*habile à succéder*. La déclaration portant acceptation bénéficiaire ne doit pas être renouvelée.

1449. 2° Le successible a fait un *acte d'héritier* (*suprà*, nos 1393 et suiv.) : il doit à l'égard de tout le monde, et à la demande de tout intéressé, être condamné comme héritier pur et simple.

3° Il existe contre lui un jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple.

Dans ce cas, il y a controverse sur la question de savoir si les effets du jugement se bornent aux parties entre lesquelles il a été rendu, ou bien s'il peut aussi être invoqué contre l'héritier par les tiers qui n'ont pas été parties au procès ; et, spécialement, s'il peut être invoqué par les tiers lorsqu'il décide, en fait, *que l'héritier* s'est immiscé.

Sous l'ancien droit, Pothier enseignait que le jugement de condamnation ne peut pas être opposé à l'héritier par les créanciers ou légataires qui n'ont pas été parties dans ce jugement, parce que c'est un principe de droit qu'un jugement ne fait loi qu'entre les parties entre lesquelles il a été rendu. (*Successions*, chap. III, sect. V, à la fin.)

Les opinions des auteurs du code civil étaient très-divisées. Le projet primitif, liv. II, art. 87, contenait une disposition ainsi conçue : « Celui contre lequel un créancier de la succession a obtenu jugement contradictoire passé en force de chose jugée, qui le condamne comme héritier, est réputé avoir accepté la succession.

« Si le jugement passé en force de chose jugée n'a été rendu que par défaut, la condamnation obtenue par un créancier seul ne profite point aux autres. »

Dans le projet soumis au conseil d'État, il y avait une disposition en sens contraire. L'article 67 de ce projet portait : « Celui contre lequel un créancier de la succession a obtenu un jugement, même contradictoire, passé en force de chose jugée, qui le condamne comme héritier, n'est réputé héritier, en vertu de ce jugement, qu'à l'égard seulement du créancier qui l'a obtenu. »

Un grand nombre de membres du conseil d'État prirent part à la discussion sur le principe à adopter. Berlier lut l'article 243 du projet sur l'effet de la chose jugée, devenu plus tard l'arti-

cle 1351 du code, et il déclara que si cet article passait, comme il l'espérait, on pourrait supprimer, comme inutile, l'article 67 en discussion. Le conseil d'État vota le retranchement de cet article. (Séance du 9 nivôse an XI, n°s 13 et 14, Locré, X, p. 103-108.)

Le conseil a donc admis l'opinion que, conformément aux principes généraux sur la chose jugée, le jugement ne doit avoir d'effet *qu'entre les parties,* et que l'héritier n'est réputé héritier pur et simple qu'à leur égard. (Voy. Demolombe, n° 152, et les auteurs qu'il cite.)

1450. Tout en admettant le principe que le jugement n'a d'effet qu'entre les parties, on peut, dans l'application de ce principe, faire les distinctions suivantes :

1° Le jugement est par *défaut,* et il n'est pas même certain que l'héritier en a eu connaissance. Il ne peut pas être invoqué par les tiers.

2° Il est *contradictoire* et il porte précisément sur la question de savoir *si le successible a accepté la succession ou non,* Il ne peut pas être invoqué par les tiers.

3° L'objet du débat était une dette héréditaire; l'héritier l'a contestée sans réserve. Il a fait *acte d'héritier* par cela même qu'il a contesté, et pour ce motif *la procédure,* non le jugement, peut être invoquée contre lui, même dans le cas où l'héritier aurait gagné son procès (art. 799).

4° Il y a un jugement qui le condamne comme héritier pur et simple; ce jugement était susceptible d'appel. L'héritier y a acquiescé expressément ou tacitement en l'exécutant ou en n'appelant pas. Par cela même il a fait *acte d'héritier,* et cet acquiescement peut être invoqué par les tiers. (Voy. Marcadé, sur l'article 800.)

5° Il a été condamné *définitivement* sans recours; le jugement n'a d'effet qu'entre parties.

Il suit de ce qui précède que, vis-à-vis de toutes les personnes autres que celle qui a obtenu le jugement, l'héritier peut encore accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer, suivant les distinctions ci-dessus établies.

III. DES EFFETS DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE.

A. *Règles générales.*

1451. Les anciens jurisconsultes éprouvaient un certain embarras pour définir le vrai caractère de l'héritier bénéficiaire; c'est parce qu'il réunit deux qualités, qui de prime abord semblent devoir s'exclure : d'une part, il est, en qualité d'héritier, propriétaire des biens de la succession avec le pouvoir d'en disposer librement comme il veut; et, d'autre part, il est, vis-à-vis des créanciers de la succession et des légataires, un administrateur comptable et responsable.

Pothier avait cependant bien défini le caractère de l'héritier bénéficiaire. « *Il est dans la vérité un vrai héritier et un vrai successeur du défunt* », dit-il; « l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne diffère de l'acceptation pure et simple, qu'en ce qu'elle donne à l'héritier le bénéfice de n'être point tenu des dettes de la succession sur ses propres biens, et de ne point confondre les dettes qu'il a contre la succession, et que *pour cela* elle l'assujettit à un compte des biens de la succession envers les créanciers; au reste, elle produit les autres effets que produit l'acceptation pure et simple. » (*Successions,* chapitre III, sect. III, art. 2, §§ 1 et 6.) C'est aussi le système du code civil.

1. CONSÉQUENCES DE LA QUALITÉ D'HÉRITIER.

1452. Du principe que l'héritier bénéficiaire est un véritable héritier, découlent les conséquences suivantes :

1° Il a la saisine avec les effets que la loi y attache, et il est propriétaire de l'hérédité.

2° En cas de décès, il transmet à ses propres successeurs les effets de l'acceptation bénéficiaire ou de la déclaration qu'il a faite au greffe de vouloir faire inventaire en sa qualité d'habile à succéder. (Voy. *suprà,* n°s 1383-1384.)

3° Il a le droit d'exiger de ses cohéritiers le rapport et il est chargé de leur faire rapport des biens donnés par le défunt, conformément aux articles 843 et suivants du code.

4° Il conserve pour lui l'actif de la succession qui reste après payement des dettes et des legs.

5° Il doit au fisc le droit de mutation auquel sont soumis les héritiers.

6° L'acceptation bénéficiaire ne fait pas obstacle à la division des dettes de la succession entre les héritiers, proportionnellement à leurs parts, et en conséquence chaque héritier n'est, dans le cas prévu par l'article 803 (voy. *infra*, n° 1456), contraignable sur ses biens personnels que jusqu'à concurrence de sa part. Car aucune disposition de la loi ne déroge, pour le cas d'acceptation bénéficiaire, au principe de division établi par les articles 1220 et 873 du code. (Zachariæ, § 619, à la fin; Demolombe, n° 169.)

7° Les créanciers personnels de l'héritier peuvent, en principe, exercer des poursuites. sur les biens de la succession par voie de saisie ou de saisie-arrêt des créances; car s'il reste un excédant, ces biens sont leur gage, et ils ont droit de prendre des mesures pour le conserver; mais ils ne peuvent être payés sur ces biens qu'après le payement des créanciers de la succession et des légataires. Cette question est controversée. (Voy. Zachariæ, § 619, p. 446, 4°; Demolombe, n°s 180 et 180 *bis*.)

8° Une question non moins controversée est celle de savoir si les créanciers de la succession sont autorisés à saisir les biens héréditaires dont la loi confie l'administration à l'héritier bénéficiaire. Nous croyons que les créanciers n'ont pas ce droit. Car la loi impose à l'héritier la *charge*, l'*obligation* d'administrer les biens de la succession et de rendre compte de son administration (art. 803), et l'exécution de cette obligation est incompatible avec les saisies des créanciers. Les dispositions de la loi qui organisent cette administration (voy. les n°s 1456 et suiv.) donnent aux créanciers toutes les garanties de conservation de leur gage. Si l'héritier néglige de remplir ses obligations, il peut être mis en demeure par les créanciers, et s'il ne rend pas compte, être poursuivi sur ses biens personnels.

2. CONSÉQUENCES DE LA NON-CONFUSION DES DEUX PATRIMOINES.

1453. Le bénéfice d'inventaire a pour effet de ne pas confondre le patrimoine personnel de l'héritier avec l'hérédité (art. 802). De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1° L'héritier n'est tenu des dettes et charges de la succession

que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis (*intrà vires*).

Il ne peut donc pas être poursuivi sur ses biens personnels en cas d'insuffisance de ceux de la succession pour payer les dettes et les legs.

La loi le charge d'administrer la succession pour le compte des créanciers et de la liquider. Mais si cette obligation lui paraît trop onéreuse, il peut se décharger du payement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires (art. 802, alin, 1). Cet abandon doit être fait à *tous* les créanciers et légataires, et il doit comprendre *tous les biens*, excepté ceux que l'héritier doit rapporter à ses cohéritiers ou que ceux-ci doivent lui rapporter, et de ceux qui ne sont rentrés dans la masse que par suite de la réduction de donations excédant la quotité disponible; car les légataires ni les créanciers de la succession n'ont aucun droit au rapport ni à la réduction (art. 857 et 921).

En cas d'abandon, les créanciers doivent administrer et liquider la succession de la même manière et avec les mêmes formalités que l'héritier bénéficiaire aurait dû le faire (arg. de l'art. 904 du code de procédure civile); ils sont devenus les mandataires responsables et comptables envers l'héritier (arg. n° 1269). Car l'abandon n'est pas une *renonciation* à la succession; l'héritier conserve sa qualité d'héritier avec tous les autres effets. (Zachariæ, § 619, t. II, p. 446, note 4; Pothier, chap. III, sect. III, art. 2, § 8.) Cette question a été controversée sous l'ancien droit et sous le code; aujourd'hui elle l'est encore à peine. (Voy. Demolombe, n°s 206-208.) Si le résultat de la liquidation présente un excédant, il appartient à l'héritier.

1454. En quelle *forme* l'abandon doit-il être fait?

En l'absence de toute disposition de la loi, on peut admettre qu'il est au choix de l'héritier de le faire ou par des notifications individuelles adressées à tous les créanciers et à tous les légataires, ou par une déclaration au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte (arg. art. 784, 793, 2174 du code civil et 102 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851). (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Bénéfice d'inventaire*, § 5, art. 11, n° 1. Demolombe, n° 215.)

1455. 2° L'héritier bénéficiaire conserve contre la succession tous les droits qu'il avait contre le défunt, et il peut les faire valoir comme un tiers le pourrait; de même, l'hérédité conserve contre l'héritier tous les droits qui compétaient au défunt; il ne s'opère pas d'extinction par confusion.

Mais la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession (art. 2258).

« Les actions à intenter par un héritier bénéficiaire contre la succession doivent être intentées contre les autres héritiers; et s'il n'y en a pas, ou qu'elles soient intentées par tous, elles le seront contre un curateur au bénéfice d'inventaire, nommé en la même forme que le curateur à la succession vacante » (code de procédure, art. 996).

Il suit de ce qui précède que les tiers ne peuvent invoquer, contre l'héritier bénéficiaire, lorsqu'il agit en son propre nom, aucune exception du chef du défunt. Ainsi, par exemple, l'héritier ne pourrait pas être repoussé par l'exception : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, s'il revendiquait un immeuble, à lui appartenant, que le défunt aurait aliéné.

De même, si l'héritier bénéficiaire agissait au nom du défunt contre un tiers, ce dernier ne pourrait lui opposer une exception de son propre chef.

B. *Particulièrement des obligations de l'héritier bénéficiaire.*

1456. 1° L'héritier a le *droit* et l'*obligation* d'administrer gratuitement les biens de la succession, et de *rendre compte* de son administration, sauf son droit d'abandon (art. 803, alin. 1; art. 802, 1° ; *suprà*, n° 1453). Il peut et doit donc faire tous les actes conservatoires, tels qu'interruption des prescriptions, réparations des bâtiments, et les actes de pure administration, par exemple les baux. Il doit poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens de la succession. Il représente l'hérédité en justice. (Liége, 7 juillet 1875, P., 1876, 26.)

S'il a été mis en demeure de *présenter* son compte et qu'il ne le présente pas, il peut être contraint sur ses *biens personnels* à payer l'intégralité des dettes, comme l'héritier pur et simple. Car rendre compte est une obligation de faire dont l'exécution ne

peut pas être obtenue autrement. *Après l'apurement de son compte*, il ne peut être contraint sur ses propres biens que jusqu'à concurrence des sommes dont il est reliquataire (art. 803, alin. 1; 2). L'héritier peut être contraint sur ses *biens personnels*, parce que, dans le premier cas, l'obligation de rendre compte, dans le second, celle de payer la somme dont il s'est reconnu reliquataire, est une dette *personnelle* de l'héritier et non une dette de la succession.

Dans aucun de ces deux cas, il n'est déchu du bénéfice d'inventaire.

Le compte doit être rendu dans la forme prescrite par l'article 527 du code de procédure (voy. article 995 du même code). Mais le compte peut être rendu à l'amiable si les créanciers sont maîtres de leurs droits.

1457. 2° L'héritier n'est tenu que des fautes *graves*, car il est à la fois administrateur nécessaire et gratuit (art. 804 et 1992, alin. 2).

On se demande *s'il doit les intérêts?* Oui, s'il les a reçus ou s'il a employé les capitaux de la succession à son usage personnel; autrement il ne les doit pas. (Lyon, 21 janvier 1876, D., 1878, 2, 38.)

Après la reddition des comptes, il ne doit les intérêts que s'il est mis en demeure (art. 1153, 1996). L'article 474, alinéa 1, n'est pas applicable ici.

1458. 3° L'héritier peut vendre ou conserver les meubles de la succession. S'il les représente en nature, il n'est tenu que de la dépréciation ou de la détérioration causée par sa *négligence*, c'est-à-dire par sa faute *grave;* car l'article 805, alinéa 1, qui porte cette disposition, n'est pas une *dérogation*, mais une application de l'article 804.

Bien que l'héritier demeure *propriétaire* des biens de la succession, il ne peut vendre les meubles et rentes *sur particuliers* que par le ministère d'un officier public, aux enchères et après les affiches et publications accoutumées (art. 805; code de procéd., art. 989 et 636 et suiv.). Mais il n'a pas besoin de l'autorisation du tribunal. Il peut transférer de gré à gré les rentes *sur l'État*, par le ministère d'un agent de change; mais si l'ensemble des revenus des rentes dépasse 50 francs, il faut l'autorisation de la-

justice. (Avis du conseil d'État des 17 novembre 1807, 11 janvier 1808.)

L'aliénation faite sans l'observation de ces règles n'est pas nulle, mais elle rend l'acceptation de l'héritier *pure et simple* (code de procéd., art. 989).

Quant aux créances et autres meubles incorporels, la cession peut en avoir lieu de gré à gré sans l'autorisation de justice. (Voy. *suprà*, n° 734.) Mais c'est une mesure de prudence à prendre, pour éviter les contestations et les dommages-intérêts, que de demander l'autorisation du tribunal.

1459. 4° Quant aux *immeubles* de la succession, l'héritier ne peut les vendre qu'après avoir demandé l'autorisation au tribunal de première instance de l'arrondissement où la succession est ouverte, lequel, le ministère public entendu, statuera sur la demande, et, en accordant l'autorisation, désignera en même temps, le notaire par le ministère duquel la vente publique aura lieu. La vente doit se faire par le ministère du notaire désigné et pardevant le juge de paix du canton où la succession est ouverte (art. 806; loi belge du 12 juin 1816, art. 3, §§ 1 et 2). L'héritier sera réputé héritier pur et simple s'il a vendu des immeubles sans se conformer à ces règles (code de procédure art. 988) ; mais la vente est valable.

L'héritier ne peut ni compromettre, ni transiger, sauf l'autorisation de justice et avec les formalités prescrites pour les transactions concernant les mineurs (arg. art. 467 du code civil).

1460. 5° L'héritier peut toucher toutes les sommes appartenant à la succession, excepté le prix des immeubles grevés d'hypothèques ou de priviléges, lequel doit être délégué directement aux créanciers inscrits, ou qui auraient fait connaître leur privilége. Art. 806 et code de procéd., art. 991, qui dit : « Le prix des immeubles doit être distribué suivant l'ordre des priviléges et hypothèques. » Donc, les payements faits par les acquéreurs d'immeubles entre les mains de l'héritier seraient nuls jusqu'à concurrence des hypothèques. Mais ces payements n'entraînent pas la déchéance du bénéfice d'inventaire.

1461. 6° L'héritier, quand même il serait notoirement solvable, peut être tenu de donner caution bonne et valable jusqu'à concurrence de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire

et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires. La caution peut être exigée par les créanciers et par toutes autres personnes intéressées (art. 807, alin. 1); elle doit être demandée et reçue conformément aux articles 992-994 et 517-522 du code de procédure, et elle doit réunir les qualités requises par les articles 2018, 2019 et 2040 à 2043 du code civil.

Faute par l'héritier de fournir cette caution, il ne sera pas déchu du bénéfice d'inventaire, mais les meubles seront vendus et leur prix sera déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix des immeubles, pour être employée à l'acquit des charges de la succession (art. 807, alin. 2). Le dépôt doit se faire dans la caisse des dépôts et consignations tenue par le conservateur des hypothèques.

1462. 7° Les frais des scellés, s'il en a été apposé, d'inventaire et de compte seront à la charge de la succession (art. 810).

1463. 8° Des payements à faire aux créanciers de la succession et aux légataires. Il faut distinguer :

A. Le prix de la vente des *immeubles* sera distribué aux créanciers hypothécaires et privilégiés suivant leur rang (code de proc., art. 991). Lorsqu'ils n'adhèrent pas à la distribution proposée par l'héritier, ou lorsqu'il y a, de la part des créanciers chirographaires, opposition au payement des créanciers hypothécaires, le prix sera distribué suivant l'ordre fixé par le juge.

B. Il s'agit des autres valeurs de la succession, du prix des meubles, des créances et des immeubles non absorbé par les hypothèques. Il faut distinguer :

1° Il y a des oppositions, et les créanciers opposants ne s'accordent pas sur la distribution des deniers ; le juge doit en fixer l'ordre d'après les règles du titre du code de procédure : *De la distribution par contribution* (art. 808, alin. 1 ; code de procédure, art. 656-672). Les légataires ne peuvent être payés qu'après les créanciers : *Bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno; nemo liberalis nisi liberatus*. Si, *nonobstant l'opposition*, l'héritier avait fait un payement, le créancier aurait *contre lui* une action en réparation du *préjudice causé* par ce payement, c'est-à-dire en complément du dividende qu'il eût reçu si ce payement n'avait pas eu lieu; mais il n'y aurait pas déchéance du bénéfice d'inventaire.

Si le payement avait été fait à des *légataires*, les créanciers opposants auraient également un recours contre les *légataires ;* car l'article 809, alinéa 1, accorde ce recours même aux créanciers *non opposants* qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le payement du reliquat. Ils ont aussi pendant trente ans un recours, en vertu des articles 808 et 809, alinéa 1, contre les *autres créanciers* qui auraient touché au delà de leur dividende. Le court délai de l'article 809, alinéa 2, ne s'applique pas à ce cas. (Demolombe, t. XV, n° 303, et les auteurs qu'il cite.)

Il faut considérer comme *opposant*, dans le sens de l'article 808, tout créancier qui, par un acte quelconque, a fait connaître à l'héritier bénéficiaire l'existence de sa créance et sa volonté d'être payé. (Cass. fr,, 25 juillet et 19 décembre 1871, D., 1871, 302; 1873, 256; Bruxelles, 9 mars 1875, P., 1876, 28.)

2° Il n'y a pas de créanciers opposants. L'héritier paye les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent et sans distinction entre les créanciers et les légataires (art. 808, alin. 2). Il peut donc aussi se payer lui-même.

Les créanciers non payés ont leur recours contre les légataires qui ont été payés, parce que les premiers veulent éviter une perte (*certant de damno vitando*), tandis que ces derniers veulent faire un bénéfice (*certant de lucro captando*) (art. 809). Les légataires non payés n'ont pas de recours contre les légataires payés : *In pari causa melior est causa possidentis;* tous deux *certant de lucro captando.*

Les créanciers qui se présentent *après* l'apurement du compte et le payement du reliquat n'ont de recours que contre les légataires (art. 809, alin. 1); à plus forte raison ont-ils ce recours, s'ils se présentent *avant* l'apurement du compte de l'héritier.

1464. Mais les créanciers non opposants qui se présentent *avant* l'apurement du compte ont-ils un recours subsidiaire contre les créanciers qui ont été payés? La question est controversée. Pour la solution affirmative, on dit que ce recours est de droit, parce que les créanciers payés ont reçu plus que ce qu'ils devaient recevoir en présence de l'état d'insolvabilité où se trouvait la succession; puis on se fonde sur l'argument *a contrario* du premier alinéa de l'article 809. (Marcadé, sur l'article 809, n° 2; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 126.)

La solution négative est juste. Elle résulte des travaux préparatoires et du texte du code. En effet, l'article 809, étant l'article 97 du projet soumis à la discussion du conseil d'État, contenait un second alinéa qu'avaient proposé le tribunal de cassation et le tribunal d'Aix, et qui accordait à ces créanciers une action, en ces termes : « Ceux qui se présentent avant l'apurement peuvent aussi exercer un recours subsidiaire contre les créanciers payés à leur préjudice. » Cet alinéa fut supprimé au conseil d'État. (Locré, X, p. 115, 118, n° 7, et p. 150.) On peut encore se fonder, à l'appui de cette solution, sur l'analogie de l'article 513 de l'ancien code de commerce (C. de com. **français** de 1838, art. 503. C. de com. **belge** de 1851, art. 508), et sur l'adage : *Vigilantibus jura sunt scripta.* (Zachariæ, § 619, t. II, p. 443, note 5; Demolombe, n° 325.)

L'antithèse au *recours contre les légataires*, admis par le premier alinéa de l'article 809, n'est pas : le recours contre les *créanciers*, mais contre l'*héritier*. Ceux qui se présentent *avant* le payement du reliquat, c'est-à-dire avant que l'héritier ait vidé les mains, peuvent encore demander le payement *contre lui;* ceux qui se présentent *après* ne peuvent agir que contre les légataires.

Les mots *dans l'un et l'autre cas*, dans l'article 809, alinéa 2, s'expliquent par ce qui vient d'être dit. La courte prescription de trois ans s'appliquait aux *deux* cas de recours prévus par l'article 97 du projet; le second cas ayant été supprimé, les mots sont restés par simple inadvertance.

1465. Le recours contre les légataires se prescrit par le laps de trois ans à compter du jour de l'apurement du compte et du payement du reliquat (art. 809, al. 2). La durée de cette action est si courte, parce que les payements faits aux légataires en l'absence de toute opposition l'avaient été régulièrement, et qu'il importe de stabiliser le plus tôt possible des opérations accomplies et de prévenir les actions en répétition, dont les résultats peuvent être parfois très-dommageables. (Demolombe, n° 318.)

IV. DE LA DÉCHÉANCE DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE.

1466. L'héritier est déchu du bénéfice d'inventaire dans les trois cas suivants :

1° S'il a accepté la succession expressément ou tacitement sans accomplir les formalités prescrites pour accepter sous bénéfice d'inventaire. (Voy. *suprà*, n°s 1443-1450.)

2° S'il s'est rendu coupable de recélé, ou s'il a omis sciemment et de mauvaise foi de comprendre dans l'inventaire des effets de la succession (art. 801).

3° S'il a vendu des meubles ou des immeubles de la succession, ou s'il a fait d'autres actes de disposition des biens de la succession sans les formalités prescrites par les lois. (Voy. *suprà*, n°s 1458-1459.)

SECTION IV.

DES SUCCESSIONS VACANTES (art. 811-814).

I. QUAND UNE SUCCESSION EST-ELLE VACANTE ?

1467. L'article 811 porte : « Lorsque, après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante » (code de procédure, art. 998).

Il résulte de ce texte que la loi n'exige que *deux* conditions pour que la succession soit réputée vacante :

1° Que les délais pour faire inventaire et pour délibérer soient expirés ;

2° Qu'il ne se présente *personne* qui réclame la succession, c'est-à-dire ni *héritier* dans le sens propre du mot (*suprà*, n° 1232), ni successeur irrégulier, ni légataire, ni donataire universel, ni l'État ; car si l'État la réclamait en vertu de l'article 768, elle ne serait pas vacante.

La succession est donc vacante lorsque l'héritier qui y est appelé en premier degré y a *renoncé*, quand même il y aurait des héritiers d'un degré ultérieur connus, et *que ces derniers n'auraient* pas renoncé ; il suffit qu'ils ne se présentent pas dans le délai fixé par la loi.

Toutefois, cette question est controversée. Suivant quelques

auteurs, la succession *n'est pas vacante* lorsque les héritiers du premier degré renoncent et que les personnes appelées à leur défaut *sont connues* et restent dans l'inaction, par le motif qu'alors ces dernières sont *saisies;* il existe un représentant connu de la succession, et les créanciers et autres intéressés ont un contradicteur légitime contre lequel ils peuvent agir. (Aubry et Rau sur Zachariæ, § 641, note 6, t. II, p. 525, note 1.) Cette doctrine est contraire à l'ancien droit et au code. Le premier système est celui de plusieurs arrêts de l'ancienne jurisprudence et de Pothier, *Coutumes d'Orléans,* Introduction au titre XVII, n° 67, qui dit : « Quoique, par la renonciation de tous ceux qui sont appelés en premier lieu à la succession, elle soit dévolue aux parents du degré suivant, néanmoins, *tant qu'ils ne l'ont pas acceptée,* les créanciers peuvent faire déclarer la succession vacante et y faire créer un curateur, sans être obligés d'attendre que ceux du degré suivant se soient expliqués. »

Treilhard, dans l'Exposé des motifs, n° 24, dit : « Il peut arriver *qu'il ne se présente,* pour recueillir une succession, ni parents, ni enfants naturels, ni époux survivant, ni même l'État. La succession *est alors vacante.* » (Locré, p. 193.) L'héritier qui ne se présente pas est réputé inconnu.

Le texte de l'article 811 n'exige pas *conjonctivement* les deux conditions : qu'il ne se présente personne ET qu'il n'y ait *pas d'héritier connu;* mais la disjonctive *ou,* qui précède la dernière hypothèse (*ou* que les héritiers connus y ont renoncé), est censée précéder aussi la première hypothèse. Cette opinion trouve sa confirmation dans l'article 790, qui autorise l'héritier renonçant à revenir sur sa renonciation tant que l'héritier du degré subséquent n'a pas accepté. Enfin, on l'a dit avec raison, l'opinion contraire présenterait de grands inconvénients pratiques; car en cas de plusieurs renonciations successives, les créanciers seraient obligés de parcourir tous les degrés de parenté, jusqu'au douzième, avant de pouvoir faire nommer un curateur. (Demolombe, n° 408, et les auteurs qu'il cite.)

La question qui précède présente un grand intérêt pratique. Car la nomination d'un curateur en dehors des conditions prescrites par la loi serait *illégale;* les actes faits par lui et les jugements rendus contre lui pourraient être considérés par le vérita-

ble successeur comme non avenus, sauf, à l'égard des tiers de bonne foi, à appliquer par analogie les principes relatifs à l'héritier apparent.

Une autre conséquence de notre système, c'est que tout acte légalement fait avec le curateur est valable et obligatoire pour les héritiers qui se présenteront ultérieurement, quand même ils n'auraient pas antérieurement *renoncé* à la succession, comme dans les cas prévus par les articles 460 et 790.

1468. Il ne faut pas confondre la succession *vacante* avec la succession en *déshérence*. Elle est vacante quand il *ne se présente* personne pour la recueillir; elle est en déshérence quand il *n'y a personne*, sauf l'État, qui ait qualité pour la recueillir (art. 768, 713, 539). Une succession ne peut donc échoir à l'État qu'autant qu'elle est vacante; mais elle cesse d'être vacante quand l'État s'est fait envoyer en possession.

II. DE LA NOMINATION DU CURATEUR ET DE SES FONCTIONS.

1469. Lorsque la succession est vacante, le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel elle est ouverte nomme un curateur sur la demande des personnes intéressées, par exemple, des créanciers, des légataires, des coassociés ou du conjoint du défunt, ou sur la réquisition du ministère public (art. 812). La demande se fait par requête.

En cas de concurrence entre deux ou plusieurs curateurs, le premier nommé sera préféré, sans qu'il soit besoin de jugement. (Code de procédure, art. 999.) Cette concurrence pourrait exister, par exemple, dans le cas où plusieurs intéressés auraient présenté requête.

1470. Le curateur est tenu, avant tout, de faire constater l'état de la succession par un inventaire fait conformément aux articles 941 et suivants du code de procédure. Il exerce et poursuit les droits de la succession; il répond aux demandes formées contre elle. Il doit faire vendre les meubles suivant les formalités prescrites aux articles 945 et suivants du code de procédure, et les immeubles et les rentes suivant les formes prescrites pour l'héritier bénéficiaire. (*Suprà*, nos 1458-1459.)

Mais le curateur n'a pas qualité pour recevoir directement le prix de la vente des meubles et des immeubles; il administre *sous la charge de faire verser* le numéraire qui se trouve dans la succession, ainsi que les deniers provenant du prix des meubles et immeubles vendus, dans la caisse du receveur de la régie impériale, c'est-à-dire aujourd'hui, en Belgique, dans la caisse des consignations, pour la conservation des droits, et à la charge de rendre compte à qui il appartiendra (code civil, art. 813; code de procédure, art. 1000, 1001; loi **belge** du 15 novembre 1847, art. 8; arrêté royal **belge** du 2 novembre 1848, art. 13 et 14).

1471. L'article 814 du code porte : « Les dispositions de la section III du présent chapitre, sur les *formes* de l'*inventaire*, sur le *mode d'administration* et sur les *comptes à rendre* de la part de l'héritier bénéficiaire, sont communes aux curateurs à successions vacantes. » (Voy. aussi code de procédure, art. 1002.)

L'assimilation des deux administrations se borne aux points indiqués dans cet article; il ne faut pas l'étendre au delà. Il y a donc entre ces deux administrations plusieurs différences :

1° Le curateur ne peut conserver les meubles en nature; il *est tenu* de les vendre (code de procédure, art. 1000);

2° Il ne reçoit pas les deniers; il doit les *faire* verser *directement* dans la caisse des consignations; donc, les débiteurs ne peuvent payer valablement entre ses mains (code civil, art. 813). C'est pourquoi la loi ne l'astreint pas à fournir caution.

3° Il ne peut pas payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent; les payements doivent être ordonnancés par le tribunal, et le préposé à la caisse des consignations paye sur ces ordonnances. (Mourlon, *Répétitions*, p. 130.)

4° Le curateur n'administre pas gratuitement comme l'héritier bénéficiaire; il a droit à un salaire, et pour cette raison il est tenu non-seulement des fautes graves, mais de *toute* faute (art. 1992).

5° L'inobservation des formalités requises pour la vente des meubles ou des immeubles entraînerait la *nullité* de ces ventes, puisqu'elles auraient été faites par quelqu'un n'ayant pas eu qualité pour vendre, tandis que les ventes faites sans formalités par l'héritier bénéficiaire sont valables. (*Suprà*, n° 1458.)

En **France**, l'administration des successions vacantes dans les

colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion est réglée spécialement par le décret impérial des 27 janvier-13 avril 1855 (D., 1855, 4, 41).

CHAPITRE VI.

DU PARTAGE ET DES RAPPORTS. (Art. 815-892.)

1472. Ce chapitre contient beaucoup plus de matières que son intitulé n'en annonce. Il traite non-seulement du partage et des rapports, mais encore des obligations des héritiers envers les créanciers du défunt et envers les légataires.

Les règles prescrites dans ce chapitre ne s'appliquent pas seulement au partage des successions, mais aussi à d'autres communautés ou d'autres indivisions, par exemple au partage de la communauté entre époux (art. 1476) et des sociétés (art. 1872), et même au partage des communautés incidentes, sauf à tenir compte des différences spéciales à chacune de ces hypothèses. (Merlin, *Rép.*, v° *Partage*, § 10, n° 1.)

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ACTION EN PARTAGE ET DE SA FORME (art. 815-842).

I. QUAND A LIEU L'ACTION EN PARTAGE ET QUELLE EN EST LA DURÉE.

1473. Lorsqu'il n'y a qu'un *seul* héritier, il est de plein droit saisi et propriétaire de toutes les choses héréditaires, et tenu des dettes et charges de la succession. Lorsque *plusieurs* héritiers sont appelés conjointement à la même succession, chacun d'eux est de plein droit saisi de sa part et copropriétaire d'une quote-

part indivise de tous et de chacun des objets de la succession, et il est tenu pour sa part des dettes de la succession. Ce concours de plusieurs ayants droit sur la même chose s'appelle *indivision*. Le *partage* est l'acte par lequel les héritiers mettent fin à l'indivision et reçoivent chacun sa part exclusive et divisée. Le partage a donc lieu lorsqu'il y a *indivision*, soit de la propriété, soit seulement de l'usufruit. (Liége, 18 novembre 1876, P., 1877, 109.) Mais il n'y a pas d'indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier. (Bruxelles, 20 mai 1876, P., 1877, 237.)

Les règles sur le partage ont été puisées en partie dans l'ancienne jurisprudence, en partie dans le droit romain, au Tit. *Dig. Familiæ erciscundæ*, 10, 2.

1474. Comme le droit romain, le code est défavorable à l'indivision, parce que, à cause de la difficulté de disposer des biens, elle est nuisible au point de vue de l'économie politique et sociale; de plus, elle est souvent une source de dissensions : *Communio est mater rixarum*, dit l'ancien adage. *Discordias propinquorum materia communionis solet excitare*, disait déjà Papinien au fr. 77, § 20, D., *De legatis*, II (31). Plusieurs adages coutumiers ne sont pas moins défavorables à la communauté, par exemple : *Qui prend compagnon, prend maître, et principalement quand c'est le roi;* ou bien : *De bien commun on ne fait pas monceau;* ou : *Commun n'est pas comme un*.

C'est pourquoi l'article 815, alinéa 1, du code pose le principe : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires.

« On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité; cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans, mais elle peut être renouvelée. » Donc, la convention illimitée de ne pas partager est *nulle*. Si elle a été conclue pour plus de cinq ans, elle est réductible à ce délai.

La même disposition se trouve en droit romain; seulement le temps pendant lequel l'indivision peut être stipulée n'est pas fixé. C'était la raison d'utilité, l'intérêt commun des copropriétaires qui déterminait le délai. (Voy. Pothier, *Successions*, chap. IV, art. 1, § 1.) « *Si conveniat* NE OMNINO DIVISIO FIAT, *hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. Sin autem* INTRA CERTUM TEMPUS,

quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet », dit le fr. 14, § 2, D., *Communi dividundo*, 10, 3, d'accord avec la L. 5, C., *eodem*, 3, 37. Les Douze Tables avaient déjà réglé l'action en partage : fr. 1, pr. D., *Familiæ erciscundæ*, 10, 1 : « *Hæc actio proficiscitur a lege duodecim Tabularum*, » dit Gajus. Le délai de cinq ans se trouve déjà dans le projet primitif du code.

En cas de renouvellement, la nouvelle stipulation d'indivision prend cours à partir du moment où elle a été formée, et non de l'expiration de la première. Autrement on pourrait éluder la loi, en faisant plusieurs renouvellements au moment même de la première convention.

1475. Le testateur peut-il *valablement* prohiber le partage pendant cinq ans, soit à ses héritiers *ab intestat*, soit aux légataires institués? Distinguons plusieurs cas :

1. Une semblabbe prohibition appliquée à la réserve, qui ne peut être vinculée en aucune façon, serait évidemment nulle. Sur ce point, il n'y a pas de dissension.

2. Si la prohibition était absolue, mais sans sanction, c'est-à-dire si le testateur n'avait pas disposé pour le cas où les héritiers y contreviendraient, et que tous les héritiers fussent d'accord pour partager, elle tomberait d'elle-même, puisque personne n'aurait qualité pour en exiger le maintien.

3. Si, malgré la prohibition, un des cohéritiers demandait le partage avant l'expiration des cinq ans, sa demande pourrait-elle être déclarée non recevable ou prématurée?

4. Le testateur pourrait-il, par une clause pénale, priver de sa portion l'héritier ou le légataire institué, pour le cas où il demanderait le partage avant l'expiration du délai fixé pour la durée de l'indivision?

Ces deux dernières questions sont très-controversées. La plupart des jurisconsultes se prononcent *contre* la validité de la prohibition testamentaire; ils invoquent surtout l'antithèse qui se trouve dans le texte de la loi entre les termes *prohibitions* et *convenir*, et ils se fondent sur ce que le premier alinéa de l'article 815 permet de provoquer le partage nonobstant *prohibitions* et *conventions* contraires, tandis que le second alinéa ne fait exception que pour le cas de *convention* entre les héritiers; sur ce que le testateur a pu ne pas prévoir les dissensions entre les

cohéritiers, tandis qu'eux-mêmes, maîtres de leurs droits, sont le mieux à même de juger s'il y a lieu de préférer l'indivision. (Laurent, t. X, nos 243, 244.)

M. Demolombe, qui soutient la validité de la prohibition, réfute le premier argument par l'interprétation historique et traditionnelle en se fondant sur l'ancien droit, et en démontrant que les rédacteurs du code ont suivi presque littéralement Pothier, qui met sur la même ligne la prohibition testamentaire et la convention entre les héritiers (t. XV, n° 511). Cette observation est très-juste. Néanmoins la question est difficile, et il est permis d'hésiter sur la solution. Si, d'une part, en tenant compte de l'élément historique et traditionnel d'interprétation, qui a sa grande importance, on peut pencher vers l'opinion de M. Demolombe, on ne peut, de l'autre, méconnaître que le *texte* du code n'admet comme *exception* au droit de provoquer le partage que la *convention* de ne pas partager. Le législateur a-t-il supprimé *avec intention* l'hypothèse de la prohibition, ou bien cette suppression a-t-elle eu lieu par inadvertance? Les travaux préparatoires ne font nulle part mention du cas de la prohibition. Dans cette incertitude, il faut s'attacher au texte de la loi et aux principes généraux. Comme le texte n'admet pas la prohibition, on pourrait décider la question par une distinction, et dire que, dans le cas d'une prohibition, l'action en partage intentée avant l'expiration du terme fixé par la prohibition ne pourrait pas être déclarée non recevable et prématurée; mais que la clause pénale par laquelle le testateur aurait privé de sa portion celui qui aurait provoqué le partage avant le terme fixé, serait valable. Car la *continuation de l'indivision* que le testateur a eue pour but n'est pas contraire à l'ordre public, puisqu'elle peut être stipulée par convention.

1476. Le partage peut *toujours* être provoqué. L'action en partage, *comme telle*, est donc *imprescriptible;* elle peut toujours être intentée, quelle qu'ait été *la durée de l'indivision*. Aucun cohéritier ne peut tirer de la longue durée de l'indivision, excédât-elle même trente ou cinquante ans, une exception de prescription contre la demande du partage.

L'action en partage n'est pas moins admissible, si *tous* les cohéritiers ont possédé chacun séparément une partie des biens même

correspondant à sa part indivise, par suite d'un partage provisionnel. Les cohéritiers sont alors censés posséder les uns pour les autres une partie de la masse indivise. L'indivision ne cesse que par le partage définitif, après lequel un nouveau partage ne peut plus être demandé. C'est là le sens des mots : *s'il n'y a eu un acte de partage*, dans l'article 816. Cet acte ne doit pas nécessairement être fait par écrit. (Voy. *infrà*, n° 1489.) Cela n'est pas contestable.

1477. Mais il ne faut pas confondre avec l'action en partage la *pétition d'hérédité* qui est prescriptible, quand même elle serait déguisée sous la forme d'une simple demande en partage.

Lorsqu'un des cohéritiers ou quelques-uns des cohéritiers ont eu, pendant le temps suffisant pour prescrire, la possession exclusive de la succession à titre de *propriétaires*, pour *eux-mêmes*, et en méconnaissant le titre et la qualité du demandeur, ils peuvent lui opposer la prescription de la *pétition d'hérédité* et de sa qualité d'héritier. Car alors l'action intentée par le demandeur n'est pas l'action en partage d'une chose *indivise*, qui a été possédée *en commun ;* mais c'est la demande d'une chose qu'il n'a plus possédée et qu'un autre a possédée. Cette thèse est aussi incontestable que la précédente. (Bruxelles, 16 novembre 1863, P., 1864, 319.)

L'article 816 porte : « Le partage peut être demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un acte de partage, ou *possession suffisante pour acquérir la prescription.* »

On peut prendre les termes : *possession suffisante pour acquérir la prescription* dans le sens qui vient d'être défini.

1478. Mais même l'action en partage, comme *telle*, peut se prescrire, si l'indivision avait déjà cessé. « Si la jouissance et possession séparée de chacun des cohéritiers durait depuis trente ans ou plus, dit Pothier, et que cela se pût prouver, soit par témoins, soit par écrit, etc.; en ce cas, ces cohéritiers pourraient se maintenir dans cette possession séparée, contre l'action de partage qui serait intentée contre eux, par la prescription de trente ans. En ce cas, l'*action de partage est sujette à la prescription* de trente ans comme toutes les autres actions. Le laps de temps fait présumer qu'il y a eu un partage, et que l'acte a pu s'égarer. »

(*Successions*, chap. IV, art. 1, § 1 à la fin.) Ce passage est la source de l'article 816.

Dans le cas de jouissance séparée pendant trente ans, il y a donc une véritable *prescription* de l'action en partage. « La jouissance séparée ne peut être qu'une *présomption* de partage; et cette présomption ne doit pas l'emporter sur le *droit* de partage qui appartient à chaque héritier, à moins que la jouissance divise n'ait été assez longue *pour anéantir le droit par la prescription* », dit Chabot. (Rapport au Tribunat, n° 55; Locré, p. 265)

Le défendeur pourrait repousser l'action fondée sur une indivision originaire, en prouvant qu'il y a eu un partage, ou bien qu'il y a eu possession séparée de trente ans. Mais la prescription ne serait pas admissible si la possession séparée avait eu lieu en exécution d'un *partage provisionnel;* car le partage provisionnel laissant subsister l'indivision, la possession de chacun des cohéritiers invoquée comme séparée serait contre son titre (art. 2236, 2240). (Demolombe, nos 527-532 et 542.)

II. QUI PEUT DEMANDER LE PARTAGE ET CONTRE QUI PEUT-IL ÊTRE DEMANDÉ?

1479. Pour procéder au partage, la loi n'exige pas toujours la même capacité que pour *aliéner*, parce que le partage n'est pas tout à fait une aliénation. Mais, d'un autre côté, celui qui n'a que la capacité d'administrer ne peut pas procéder aux opérations de partage. La loi requiert une capacité intermédiaire entre celle requise pour aliéner et celle attribuée au simple administrateur.

1480. 1° L'héritier mineur ou interdit est représenté dans les opérations de partage par son tuteur, autorisé par le conseil de famille (art. 817, 465 et *suprà*, nos 741, 742).

2° Le mineur émancipé doit être assisté de son curateur. (Voy. *suprà*, n° 773, et art. 840.)

S'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial et particulier, qui doit être nommé par le conseil de famille (article 838).

3° L'héritier placé sous conseil judiciaire. La loi ne prévoit

pas spécialement ce cas. Mais par application des principes généraux et par analogie des règles concernant le mineur émancipé, il faut admettre qu'il doit être assisté de son conseil, car le copartageant *aliène* sa part indivise (arg. art. 513).

1481. 4° Quant aux successions échues à un absent, il en a été traité au premier livre. (Voy. *suprà*, nos 205 et 225 *c*, 250-256.)

1482. 5° En ce qui concerne la capacité de la femme mariée, il faut faire plusieurs distinctions, suivant que le contrat de mariage intervenu entre les époux attribue ou non au mari des droits de propriété ou de jouissance sur les successions qui peuvent s'ouvrir au profit de la femme (art. 818).

A. Le mari peut *seul*, et *sans* le *concours de sa femme*, provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à elle échus et qui tombent dans la communauté quant à la *propriété et à la jouissance*. Dans le même cas, le partage peut être provoqué contre *lui seul*.

B. La femme ne peut *jamais* procéder *seule* à un partage *judiciaire*; à cet effet, elle doit toujours être autorisée par son mari ou par justice (art. 215, 1576, alin. 2).

Mais elle peut *seule* faire un partage *extrajudiciaire* ou *amiable* des *meubles* dont la *propriété et la jouissance* lui appartiennent, sous quelque régime qu'elle soit mariée (arg. art. 1449, 1536, 1576).

Quant aux *immeubles*, même ceux dont elle s'est réservé la jouissance, elle ne peut en faire le partage qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice (arg. art. 223; art. 1449, alin, 3, 1538, 1576, alin. 2).

C. En ce qui concerne les biens dont le contrat de mariage, n'importe sous quel régime, donne seulement la *jouissance* au mari, il n'en peut faire le partage amiable ni provoquer le partage judiciaire sans le concours de sa femme, et les cohéritiers de la femme n'en peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la femme. A l'égard de ces biens, le mari *seul* ne peut provoquer qu'un partage *provisionnel*. On appelle ainsi un partage qui n'a pour objet que la *jouissance*.

Cette règle s'applique :

a. Aux biens tombés dans la communauté quant à la jouissance seulement;

b. Aux biens meubles ou immeubles qui échoient à la femme sous le régime exclusif de communauté (art. 1530-1535);

c. Aux biens dotaux. L'article 818 n'en parle pas, parce que le régime dotal n'a été ajouté au code que lors de la discussion du titre du *Contrat de mariage*. L'article 1549, d'après lequel le mari a seul le droit de poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens dotaux, est restreint par l'article 818, spécial au partage. Si la succession immobilière est impartageable, il faut l'autorisation de la justice pour que le mari puisse procéder à la licitation (art. 1558, alin. 6).

III. DE L'APPOSITION ET DE LA LEVÉE DES SCELLÉS.

1483. L'apposition des scellés est une mesure conservatoire pour prévenir les soustractions et les divertissements des effets de la succession. Elle ne se rattache ni directement ni nécessairement à la matière du partage, puisqu'elle peut avoir lieu indépendamment de tout partage à faire.

Les formalités pour l'apposition, pour la levée des scellés et pour l'opposition aux scellés sont réglées par les articles 907-940, et celles pour la confection de l'inventaire, par les articles 941-944 du code de procédure.

1484. L'apposition des scellés est *nécessaire* ou *facultative*. L'apposition est prescrite par la loi :

1° Si parmi les héritiers il y a des interdits ou des mineurs sans tuteur (art. 819, alin. 2; et 911, 1°, du code de proc.). Si les mineurs ont un tuteur, l'apposition n'est pas nécessaire, à moins que le tuteur lui-même ne le requière, parce que la conservation des objets de la succession trouve une garantie dans la responsabilité du tuteur, et pour épargner les frais. (Circul. du Grand-Juge du 5 novembre 1808.)

2° S'il y a parmi les héritiers un absent ou un non-présent.

Dans ces deux cas, le scellé doit être apposé dans le plus bref délai, soit à la requête des héritiers, soit à la diligence du procureur du roi au tribunal de première instance, soit d'office par le juge de paix dans le canton duquel la succession est ouverte (art. 819, alin. 2).

1485. La loi donne la *faculté* de requérir l'apposition des scellés : 1° à *tous* les créanciers de la succession, pourvu qu'ils aient un *titre exécutoire* ou une permission du juge (art. 820); 2° à tous ceux qui prétendront droit dans la succession. (Code de proc., art. 909.)

La loi exige de la part des créanciers un titre exécutoire ou la permission du juge, parce que l'apposition des scellés peut avoir pour résultat de retarder les opérations de liquidation et de partage.

Il y a controverse sur la question de savoir si les créanciers *personnels de l'héritier* peuvent requérir l'apposition des scellés ? La loi ne leur donne pas ce droit de leur *propre* chef; car le mot *créancier* dans l'article 820 ne comprend que les créanciers de la *succession*. Mais ils le pourraient en exerçant les droits de leur débiteur, en vertu de l'article 1166, d'autant plus que l'art. 882 les autorise à intervenir dans le partage pour la conservation de leurs droits. (Demolombe, n° 627.)

1486. Lorsque le scellé a été apposé, tous les créanciers indistinctement, encore qu'ils n'aient ni titre exécutoire ni permission du juge, peuvent *y former opposition,* c'est-à-dire s'opposer à ce qu'il soit levé en dehors de leur présence. La loi prescrit des conditions moins sévères pour s'opposer à la levée des scellés que pour en demander l'apposition, parce que l'opposition, qui n'est qu'une intervention dans une mesure *déjà accomplie,* laisse les choses dans l'état où elles sont et ne cause pas un préjudice aux héritiers (art. 821).

Par suite d'une controverse élevée sur le sens du mot *créanciers,* la loi interprétative **belge** du 16 juillet 1844 a décidé que l'article 821 s'applique aux créanciers *hypothécaires* comme à tous autres créanciers. Car les créanciers hypothécaires pourraient y avoir un intérêt, si, par exemple, ils ne venaient pas en ordre utile ou si la validité de leur hypothèque était contestée.

IV. DES FORMES DU PARTAGE.

1487. On enseigne ordinairement que le partage peut être fait de *deux* manières : ou *à l'amiable* : c'est le partage *conventionnel;* ou *en justice* : c'est le *partage judiciaire.*

Cette distinction est exacte si l'on appelle *judiciaire* tout partage dans lequel l'autorité judiciaire doit intervenir à un titre quelconque. En ce sens, les partages dans lesquels des mineurs, des incapables ou des absents sont intéressés, sont judiciaires parce qu'ils doivent se faire en justice, c'est-à-dire à l'intervention et sous le contrôle de la justice, quand même ils ne donneraient lieu à aucune contestation.

Il faut donc distinguer le partage judiciaire *proprement dit* dans lequel la justice intervient pour décider des contestations, et le partage appelé ainsi parce qu'il est soumis à des *formalités particulières* parmi lesquelles se trouve l'intervention de la justice.

Nous traiterons, *A*. du partage à l'amiable; *B*. du partage judiciaire tel qu'il est réglé par le code civil et le code de procédure civile; *C*. spécialement du partage prescrit par la loi **belge** du 12 juin 1816.

A. *Du partage à l'amiable.*

1488. Si tous les héritiers sont présents et majeurs, ayant l'exercice de leurs droits civils, le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenables, et il est susceptible de tous les arrangements et conventions qu'il leur plaît de stipuler (art. 819, alin. 1; code de procéd., art. 985).

Le partage peut être fait pour la *totalité* de la succession, ou *partiellement*, soit quant aux *biens*, lorsqu'il n'a pour objet qu'une partie des biens, sauf à être complété, soit quant aux *personnes*, par exemple lorsque plusieurs héritiers partagent avec un ou quelques-uns.

Quant aux *biens* et aux *personnes*, lorsqu'une succession se divise en plusieurs souches et que la part échue à chaque souche dans l'opération première est partagée entre les héritiers d'une souche, et reste indivise entre les héritiers d'une autre souche.

Si la cause qui a nécessité une instance de partage judiciaire vient à disparaître, par exemple si un mineur est devenu majeur, ou est décédé laissant un héritier majeur, les héritiers peuvent abandonner les voies judiciaires et procéder à l'amiable, ou s'accorder sur certaines questions litigieuses (art. 827).

1489. Il y a controverse sur la question de savoir si, pour être valable, le partage doit être fait par un *acte écrit?*

Beaucoup d'auteurs et d'arrêts se prononcent pour l'*affirmative* par les motifs : 1° que les articles 816 et 819 exigent qu'il y ait un *acte* de partage, donc un *instrument écrit;* 2° que le partage se composant d'une série d'opérations dont la preuve testimoniale est presque impossible, la loi a dû prescrire un acte écrit. (Chambéry, 9 fév. 1870, D., 1870, 2, 188.)

Cette opinion ne nous paraît pas fondée. Car ni l'ancien droit ni le code n'exigent une forme *solennelle,* c'est-à-dire l'écrit. En règle, les conventions sont obligatoires par le seul consentement. La forme écrite, comme élément de validité, est exceptionnelle et exige une disposition expresse de la loi. Le mot *acte* signifie tantot l'*instrument écrit,* tantôt l'opération juridique même. Dans l'article 816, le mot *acte* est synonyme de *convention,* comme antithèse au *partage de fait* ou à la jouissance *séparée.* Dans l'article 819, l'*acte* veut dire toute espèce de convention dont les parties veulent revêtir le partage. (Liége, 21 mai 1859, P., 1860, 132; Cass. fr., 21 janvier 1867, D., 1867, 1, 97; 2 janv. 1872, D., 1872, 1, 119.)

Les auteurs de l'opinion contraire sont complétement en désaccord sur les effets de l'inobservation de la règle qu'ils admettent. (Demolombe, XV, n°s 519-521.)

Il suit de ce qui précède que si l'objet du partage n'excède pas 150 francs, il peut être établi par témoins; s'il excède cette somme, il doit être établi par les autres modes de preuve admis en droit.

B. *Du partage judiciaire.*

1. DES CAS DANS LESQUELS IL DOIT AVOIR LIEU.

1490. En **France**, le partage doit être fait judiciairement, c'est-à-dire dans les formes prescrites par le code civil et le code de procédure :

1° Lorsqu'il se trouve parmi les héritiers des mineurs émancipés ou non émancipés, des interdits ou des absents (arg. art. 819). Par héritiers *absents*, il ne faut pas seulement entendre

les absents présumés ou déclarés, qui sont représentés, conformément à l'article 113, par un notaire nommé par le tribunal, mais aussi l'héritier simplement non présent sur les lieux, sur l'existence duquel il n'y a aucune incertitude, mais qui ne se fait pas représenter, et qui doit alors être représenté par un notaire nommé par le président du tribunal de première instance (C. de proc., art. 942).

2° Lorsque les héritiers ne peuvent pas s'entendre à l'amiable sur le partage.

« Si l'un des cohéritiers refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer, le tribunal prononce comme en matière sommaire, ou commet, s'il y a lieu, pour les opérations du partage, un des juges, sur le rapport duquel il décide les contestations » (C. civil, art. 823, 838).

En **Belgique**, le partage doit être fait en justice :

1° Lorsqu'il se trouve parmi les héritiers des absents, c'est-à-dire des non-présents (voy. *infrà*, n° 1500);

2° Lorsque les héritiers ne peuvent pas s'entendre sur le partage.

Faisons observer que dans tous les cas les formes du partage judiciaire sont les mêmes.

2. DES OPÉRATIONS DONT SE COMPOSE LE PARTAGE JUDICIAIRE.

1491. Il a été traité de la compétence du tribunal, *suprà*, au n° 1265.

Il est possible que pendant un partage commencé à l'amiable, il s'élève des contestations sur quelques points. La loi ne prescrit pas de formalités particulières pour ce cas; elle se borne à dire que la cause doit être jugée sommairement (art. 823).

L'action en partage est une action *réciproque* (*judicium duplex*), qui appartient à chacun des héritiers individuellement; c'est pourquoi chacune des parties dans le procès est à la fois demanderesse et défenderesse. *In familiæ erciscundæ judicio, unusquisque hæredum et rei et actoris partes sustinet.* (Fr. 2, § 3, D., *Famil. ercisc.*, 10, 2; C. de proc. civ., art. 967; Gand, 28 février 1860, P., 1860, 162.)

La demande en partage est introduite dans la forme ordinaire (C. de proc., art. 966 et suiv.). Le tribunal peut commettre, pour les opérations du partage, un des juges, sur le rapport duquel il décide les contestations (art. 823; code de proc., art. 969), et il nomme, s'il y a lieu, un notaire devant lequel le partage doit se faire. La nomination du juge-commissaire est facultative. (Cass. fr., 17 juin 1873, D., 1873, 1, 475.)

Le tribunal peut, avant de commettre un notaire, statuer sur les difficultés qui lui sont soumises par les copartageants et fixer les bases des opérations auxquelles il devra être procédé devant le notaire. (Bruxelles, 1er mars 1858, P., 1858, 170.)

1492. Le partage judiciaire et la licitation des biens appartenant exclusivement à des *majeurs* sont régis par les articles 823-837 du code civil et les articles 966-985 du code de procédure civile.

Les opérations qui préparent le partage sont :

I. *L'estimation des immeubles par des experts.* Les experts sont choisis par les parties intéressées, ou, à leur refus, nommés d'office par le juge. Le procès-verbal ne doit pas seulement contenir l'évaluation et en présenter les bases; mais il doit aussi indiquer si l'objet estimé peut être commodément partagé; de quelle manière; et fixer, en cas de division, chacune des parts qu'on peut en former et leur valeur (C. civil, art. 824; C. de proc., art. 971).

II. *L'estimation des meubles.* Ordinairement elle a été faite dans l'inventaire (C. de proc., art. 943, 3°). S'il n'y a pas eu de prisée dans l'inventaire, l'estimation doit être faite par gens à ce connaissant, à juste prix et sans crue (art. 824). L'explication des mots *sans crue* a été donnée *suprà*, n° 729.

1493. III. *La vente des meubles et immeubles.* Tous les biens de la succession étant la copropriété de tous les cohéritiers, il est juste que chacun des cohéritiers puisse demander sa part en nature des meubles et des immeubles de la succession.

Cependant ce principe s'applique moins strictement aux meubles qu'aux immeubles. Les meubles doivent être vendus dans deux cas :

1° S'il y a des créanciers saisissants ou opposants, c'est-à-dire qui ont saisi les meubles ou qui se sont opposés au partage;

chaque héritier peut demander que le prix des meubles soit employé au payement des dettes afin de conserver les immeubles et d'économiser les frais ;

2° Si la majorité des cohéritiers juge la vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession. (Cass. fr., 11 août 1875, D., 1875, 1, 461.)

Dans tous les cas, la vente doit se faire publiquement (art. 826).

Pour que les immeubles soient vendus, il ne suffit pas que la *majorité* des cohéritiers le demande ; il faut l'*unanimité*. S'ils sont tous majeurs et capables, ils peuvent faire la vente en telle forme qu'ils jugent à propos. Il en est de même lorsqu'il y a des immeubles qu'aucun des cohéritiers ne veuille prendre (Code de proc., art. 953 ; code civil, art. 1686).

Hors ces cas, les immeubles ne doivent être vendus que lorsqu'ils ne peuvent se partager *commodément*, c'est-à-dire lorsqu'ils ne peuvent être fractionnés sans destruction, détérioration ou dépréciation. (Bruxelles, 17 juillet 1862, P., 1862, 350; Liége, 23 mai 1868, P., 1868, 395.) Le partage peut même être ordonné en nature si les immeubles communs sont partageables en autant de lots qu'il y a de souches, alors même que la part revenant à l'une des souches ne serait pas partageable en autant de lots que cette souche a de branches. (Liége, 29 janvier 1873, P., 1873, 124 et la note.) La vente doit avoir lieu par licitation aux enchères publiques devant le tribunal. Cependant les parties, si elles sont toutes majeures, peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire, sur le choix duquel elles s'accordent (art. 827, 1686-1688; C. de proc., art. 966-985).

1494. IV. *De la formation de la masse et de la liquidation des droits des intéressés.* « Après que les meubles et immeubles ont été estimés et vendus, s'il y a lieu, le juge-commissaire renvoie les parties devant un notaire dont elles conviennent, ou nommé d'office, si les parties ne s'accordent pas sur le choix. — On procède, devant cet officier, aux comptes que les copartageants peuvent se devoir, à la formation de la masse générale, à la composition des lots et aux fournissements à faire à chacun des copartageants.

« Chaque cohéritier fait rapport à la masse, suivant les règles

« Ce partage se fera désormais par le ministère d'un notaire et témoins, par devant le juge de paix du canton où la succession est ouverte, et en présence des tuteurs, des tuteurs spéciaux et subrogés des mineurs, ou des mineurs émancipés, assistés de leurs curateurs; ou, au lieu de l'émancipé, d'une personne autorisée à cet effet par procuration spéciale. Le juge de paix devra veiller particulièrement à ce que les lots soient dûment formés; et en général, à ce que les intérêts des mineurs soient convenablement observés dans ces partages. Lorsque les intéressés majeurs et les tuteurs des mineurs, ou bien ces derniers entre eux, ne s'accordent point sur la formation des lots, ou lorsque le juge de paix lui-même le trouvera convenir pour les intérêts des mineurs, il désignera un ou plusieurs experts, et leur fera prêter serment à l'effet de former les susdits lots. Les lots ainsi formés seront, par devant le juge de paix, adjugés aux divers copartageants, soit par arrangement à l'amiable, soit par la voie du sort; et il en sera fait mention dans l'acte notarié du partage.

« Il est alloué aux juges de paix et à leurs greffiers pour leurs vacations à cet effet, le même salaire qui leur est respectivement accordé pour leurs vacations à l'apposition des scellés, sans plus. »

Ces formalités sont d'ordre public et prescrites à peine de nullité.

Ainsi, les tribunaux ne peuvent, à peine de nullité du partage, être directement saisis de points relatifs à la liquidation, avant qu'un notaire commis n'ait préalablement procédé au partage et dressé procès-verbal des difficultés. (Bruxelles, 6 mars 1865, P., 1866, 390.)

De même, le partage serait nul si le juge de paix n'avait pas assisté à toutes les réunions des intéressés dans lesquelles les opérations du partage avaient été discutées; ou si le tribunal avait homologué un projet de liquidation, dressé exclusivement par quelques parties intéressées sans le concours des autres, alors même que ces dernières y auraient acquiescé plus tard, et sans le concours du notaire ou du juge de paix. (Brux., 23 juin 1873, P., 1874, 50.)

Le juge de paix, devant qui il est procédé aux opérations du partage, est considéré comme le chef ou président de l'assemblée

composée du notaire commis et témoins, des parties intéressées, des tuteurs, tuteurs spéciaux et subrogés des mineurs, ou des mineurs assistés de leurs curateurs. Seul il a qualité et pouvoir pour appointer les requêtes, s'il s'en présente, afin de fixer jour pour procéder aux opérations. Le notaire n'a pas ce pouvoir, et, s'il l'exerce, il manque à la déférence et aux égards qu'il lui doit, et peut même s'exposer à des peines disciplinaires. (Gand, 9 décembre 1853, P., 1854, 36.)

1499 *ter.* 2° La vente des immeubles appartenant en tout ou en partie à des mineurs est régie par les dispositions suivantes :

« Art. 2, § 1er. Les tuteurs qui jugeront l'aliénation d'immeubles appartenant en tout ou en partie à des mineurs ou à des interdits, nécessaire pour les intérêts d'iceux, seront tenus de demander au conseil de famille, composé de la manière prescrite par les lois, l'autorisation de procéder à la vente publique des susdits immeubles.

« § 2. L'autorisation accordée par le conseil de famille sera présentée par requête à l'homologation du tribunal de première instance, pour y statuer, l'officier du roi entendu; si le tribunal accorde l'homologation, il désignera en même temps un notaire par le ministère duquel la vente publique aura lieu.

« § 3. Lorsque les immeubles appartiennent en commun à des majeurs et à des mineurs, ou à ceux qui leur sont assimilés, et que les majeurs désirent procéder à la vente publique, ils pourront, sans autorisation préalable du conseil de famille, s'adresser par requête au tribunal de première instance, à l'effet d'être autorisés à la vente. Le tribunal, après avoir entendu les tuteurs des intéressés mineurs ou interdits, ainsi que les conclusions de l'officier, prononcera sur la demande des requérants, et dans le cas où la requête sera octroyée, il désignera en même temps un notaire par le ministère duquel la vente publique aura lieu.

« § 4. Dans les deux cas mentionnés aux §§ 2 et 3, la vente publique se fera par le ministère du notaire désigné, en présence des tuteurs ou des subrogés tuteurs, et par-devant le juge de paix du canton où la succession est ouverte. »

La loi n'exige pas la comparution personnelle ni l'interrogatoire du tuteur; il suffit qu'il se fasse représenter par avoué. (Liége, 15 mai 1844, P., 1845, 60.)

Les articles 3 et 4 de la loi du 12 juin 1816 s'occupent spécialement de la vente des immeubles appartenant à des successions bénéficiaires, ou à des successions vacantes, ou à des masses administrées par des syndics. Les articles 5, 6, 7 et 8 sont communs à toutes les ventes qui font l'objet de cette loi.

Après avoir prescrit que ces ventes auront lieu devant le juge de paix du canton où la succession ou la faillite s'est ouverte, elle continue en ces termes :

« Art. 5. Cependant si les intérêts des héritiers mineurs, interdits ou bénéficiaires, ou des successions vacantes, ou des masses faillies exigeaient que les immeubles ou une partie d'iceux fussent vendus dans un ou plusieurs cantons autres que celui où la succession a été ouverte ou la faillite déclarée, il en sera fait mention, dans le premier cas, dans la délibération du conseil de famille, dans l'homologation du tribunal; et dans le dernier cas, dans la disposition du tribunal ou du juge-commissaire de la faillite; et le tribunal ou le juge-commissaire déléguera en même temps le juge de paix, en présence duquel la vente aura lieu.

« Art. 6. Il est alloué aux juges de paix et à leurs greffiers, pour leur assistance à la vente, pour chaque lot mis en vente une vacation sans plus, d'après le tarif établi pour l'apposition et la levée des scellés. Cependant, s'il est mis en vente plus de cinq lots provenant de la même *succession*, ils ne prendront qu'une demi-vacation pour chaque lot excédant le nombre de cinq.

« Art. 7. Les juges de paix veilleront à ce que, dans ces ventes d'immeubles, il ne se fasse rien au préjudice des intérêts des héritiers mineurs, interdits ou bénéficiaires, des successions vacantes ou des masses faillies. En découvrant quelque chose en ce genre, ils feront surseoir à la vente, après avoir, suivant la nature des aliénations, entendu les tuteurs ou les subrogés tuteurs, ou les héritiers bénéficiaires, ou les curateurs des successions vacantes, ou enfin les syndics des masses faillies. Ils feront ensuite leur rapport par écrit au tribunal, si l'aliénation concerne des mineurs, des interdits, des héritiers bénéficiaires ou des successions vacantes; ou au juge-commissaire qui a accordé l'autorisation, si elle concerne des masses en état de faillite; et ce, afin qu'il en soit ordonné par le tribunal ou par le juge-commissaire, d'après ce qui sera trouvé convenable.

« Art. 8. La vente des immeubles se fera d'ailleurs, dans tous les cas ci-dessus mentionnés, conformément à ce qui est usité à l'égard des ventes publiques ordinaires d'immeubles. »

L'article 7 a pour objet non-seulement de prévenir toute fraude ou collusion au préjudice des mineurs, mais encore de suppléer à celles des dispositions du code de procédure civile ayant pour but de prévenir que les biens des mineurs ne fussent vendus à des prix inférieurs à leur estimation. Ainsi, le juge de paix peut faire surseoir à la vente, non-seulement lorsqu'il s'aperçoit de quelque collusion ou fraude au préjudice des mineurs, mais encore lorsqu'il a des raisons de croire que les offres des amateurs présents n'atteignent pas la valeur des biens exposés en vente. Lorsque, sur la demande de sursis à la vente formée par le tuteur, par le motif que le prix offert serait inférieur à la valeur des biens, et sur le débat qui s'élève de ce chef, le juge de paix, sans ordonner le sursis, renvoie les parties à se pourvoir devant le juge compétent, ce renvoi équivaut au sursis, et l'adjudication à laquelle il a été procédé ne peut être considérée que comme provisoire et subordonnée à la décision à porter par suite du renvoi par le tribunal. (Bruxelles, 1er juin 1831, P., 149.)

Sur la question de savoir si la vente peut être faite avec bénéfice de paumée et d'enchères, voy. *suprà*, n° 747.

1499 *quater*. Les règles prescrites dans les deux cas expliqués aux numéros 1499 *bis* et 1499 *ter* doivent être observées lorsque, dans le cours d'opérations de partage d'immeubles, un des copropriétaires majeurs vient à décéder, laissant des héritiers mineurs. Les parties doivent alors être renvoyées devant le juge de paix. (Gand, 9 août 1873, P., 1873, 353.)

Les formalités prescrites par la loi du 12 juin 1816 doivent également être observées, à peine de nullité, pour la vente de biens de mineurs en puissance de père et mère, lorsqu'elle est reconnue nécessaire et légalement autorisée. (Liége, 8 décembre 1836, P., 261 ; *suprà*, n° 672.)

La nullité du partage ou de la vente, résultant de l'inobservation des règles prescrites par la loi du 12 juin 1816, est relative ; elle ne peut être opposée que dans l'intérêt des mineurs et non contre eux et au profit des majeurs. (Bruxelles, 21 mars 1838, P., 86, et 21 novembre 1840, P., 1841, 94, et *suprà*, n° 742.)

1500. La loi du 12 juin 1816 n'est pas applicable à la vente de biens des absents ou non-présents, qui reste soumise aux formalités prescrites par le code civil (art. 819, 823-839) et par le code de procédure (art. 966 et suiv.). (Jugement du tribunal civil de Bruxelles du 4 mai 1844, B. J., t. 2, 1293 et la note.)

La question est controversée. M. Bastiné (*Cours de notariat*, 2e éd., n° 198, note 1) enseigne l'opinion contraire, par le motif que « les absents sont assimilés aux mineurs ». Il se fonde sur les mots de l'article 2 portant : « *appartenant à des mineurs ou aux personnes qui leur sont assimilées.* » Mais il est évident que ces personnes, ce sont les interdits. Car, les absents n'ont jamais été assimilés aux mineurs par aucune disposition de la loi.

M. Laurent (t. IX, n° 309 *bis*) est d'accord avec M. Bastiné ; il se fonde sur une décision du roi des Pays-Bas, du 4 septembre 1816, qui a étendu aux absents le bénéfice de la loi du 12 juin. Mais cette décision (portant la date du 21 août et insérée au numéro du *Staatscourant* du 4 septembre 1816) n'est qu'un avis du secrétaire du cabinet du roi, et non une décision du roi. Mais même une décision royale ne pourrait prévaloir contre la loi, pas plus que l'interprétation, adressée au procureur du roi de Bruges par le procureur général Daniels, malgré la haute autorité dont jouissent à juste titre les opinions de cet éminent jurisconsulte. La loi du 12 juin 1816 ne fait nulle part mention des absents.

V. DE L'EXÉCUTION DU PARTAGE.

1500 *bis*. L'exécution du partage consiste dans la délivrance faite à chaque cohéritier du lot qui lui est échu, avec les titres particuliers relatifs aux objets compris dans son lot.

Les titres d'une propriété divisée restent à celui qui a la plus grande part, à la charge d'en aider ceux de ses copartageants qui y auront intérêt, quand il en sera requis. — Les titres communs à toute l'hérédité, par exemple les quittances des dettes payées par le défunt ou par la succession, sont remis à celui que tous les héritiers ont choisi pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider les copartageants à toute réquisition. — S'il y a difficulté sur ce choix, il est réglé par le juge (art. 842).

VI. DU RETRAIT SUCCESSORAL (art. 841.)

1501. L'article 841 porte : « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. »

Ce droit est appelé par quelques auteurs le *retrait successoral.* Il a un double motif : d'abord, d'empêcher des spéculateurs avides de porter le trouble dans le partage, par l'esprit de chicane, et de les éloigner afin qu'ils ne jettent pas des regards indiscrets dans les papiers et les secrets de familles. (Chabot, Rapport, n° 59, Locré, X, p. 267.)

L'*origine* du retrait successoral est dans la loi Anastasienne du droit romain, dont il est une extension déjà admise par l'ancienne jurisprudence. (Loi 22. C. *Mandati,* 4, 35.) Cette extension n'eut pas lieu sans soulever de vives controverses. (Demolombe, édit. franç., t. XVI, n°s 2-9.)

1502. 1. Contre qui peut s'exercer le retrait? Il peut s'exercer contre tout cessionnaire *qui n'est pas lui-même successible* à titre universel ; donc, contre un parent plus éloigné non appelé à la succession ; contre l'héritier renonçant (art. 785) ; contre le légataire à titre particulier ; contre le cessionnaire d'une quote-part de la part d'un cohéritier, de même que contre le cessionnaire d'un objet particulier qu'un des cohéritiers aurait cédé pour le cas où cet objet tomberait dans son lot, à moins que, dans ce dernier cas, le cessionnaire n'ait renoncé au droit d'intervenir au partage. Le retrait a aussi lieu contre l'acquéreur à titre d'échange, mais non contre l'acquéreur à titre *gratuit* (arg. art. 841, à la fin, qui suppose un *prix*).

Il suit de là que le retrait ne peut pas être exercé contre le cohéritier, l'enfant naturel, le légataire ou donataire universel ou à titre universel, s'ils sont cessionnaires d'une autre part. Car, écartés comme cessionnaires, ils auraient le droit de venir de leur chef (*proprio jure*).

Il ne peut être exercé par le parent d'une ligne contre le parent de l'autre ligne qui se rend cessionnaire ; car, bien que cha-

cun soit étranger à la succession spéciale d'une ligne, chacun est successible à la succession générale. (Marcadé, art. 841, n° III.) Il faut faire le même raisonnement en ce qui concerne le retrait d'une souche à l'autre.

1503. 2. Qui peut exercer le retrait ? Quiconque ne pourrait pas être écarté s'il était lui-même cessionnaire ; donc tout successible copartageant, qu'il vienne *ab intestat* ou en vertu d'un testament, qu'il soit héritier ou successeur irrégulier.

Le retrait peut être exercé par chaque cohéritier *seul* ou par tous les cohéritiers ensemble. Mais si le retrait *a été opéré* par l'un d'eux, les autres ne peuvent plus l'exercer, ni exiger de participer au bénéfice de l'opération. (*Vigilantibus jura sunt scripta.*)

1504. 3. Dans quel délai le retrait peut-il être exercé? La loi ne fixant pas de délai, le retrait peut être exercé pendant trente ans ; mais une fois le partage exécuté, le cessionnaire ne pourrait plus être écarté.

1505. 4. Des conditions du retrait. Il faut que le retrayant rembourse au cessionnaire le prix de la cession, en un mot qu'il l'indemnise complétement de tout ce que ce dernier a déboursé ; donc, il faut lui payer, outre le prix, les frais et loyaux coûts, les droits de mutation, les honoraires du notaire et les intérêts du prix du jour où il a été payé (arg. art. 1699). Le payement ne doit pas être *préalable ;* il suffit qu'il soit offert.

L'héritier retrayant ne doit payer que le prix *réel* de la cession, s'il est inférieur au prix déclaré ; mais c'est à lui de prouver qu'il est inférieur au prix déclaré. Cette preuve peut se faire par témoins, parce qu'il y a dol et fraude.

Si le prix de la cession ne consiste pas en argent, mais en un autre objet, l'indemnité à payer est la *valeur de cette chose,* et non la valeur de la portion de la succession qui a été cédée.

1506. 5. Effet du retrait. Le retrayant est aux lieu et place du cessionnaire ; il est subrogé à ses droits. Le retrait est pour son compte, avec ses risques et ses avantages. Il ne peut et ne doit pas les partager avec ses cohéritiers.

SECTION II.

DES RAPPORTS (art. 843-869).

I. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1507. D'après l'ancien droit civil romain, les enfants qui se trouvaient sous la puissance de leur ascendant au moment de son décès étaient ses *seuls* héritiers (*sui hæredes*) ; les enfants sortis de la puissance paternelle par l'émancipation n'étaient pas ses héritiers. Plus tard, le préteur, par la *Bonorum possessio contra tabulas* et par l'édit *Unde liberi*, admit les enfants émancipés à succéder à leur ascendant concurremment avec les enfants restés sous la puissance paternelle. Tout ce que les enfants sous puissance acquéraient, sauf les pécules, appartenait à leur père et augmentait son patrimoine, tandis que l'enfant émancipé acquérait pour lui-même (voy. *suprà*, n° 647). En admettant les enfants émancipés à venir avec les *sui* en concours sur la succession de leur père, le préteur leur imposait l'obligation de rapporter (*conferre*, de là *collatio*) à cette succession tout ce qu'ils avaient acquis depuis leur émancipation jusqu'au décès de leur père, et qui eût appartenu à ce dernier si l'émancipation n'avait pas eu lieu. Ulpien dit que c'est d'une équité évidente : fr. 1, pr. D., *De collatione*, 37, 6 : *Hic titulus manifestam habet æquitatem. Cum enim prætor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum : consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna*. La fille ou la petite-fille, si elle venait à la succession comme *sua hæres*, devait rapporter la dot, dont elle avait le droit de demander un jour la restitution. (Tit. Dig. *De dotis collatione*, 37, 7.) Voilà la première apparition du rapport.

Plus tard cette institution fut modifiée, d'abord par la constitution de l'empereur Léon II de l'an 467, puis par deux constitutions de Justinien de 528 et 529 : l. 17, 19 et 20, C., *De collationibus*, 6, 20, et par la Novelle 18, c. 6, de l'an 536. Dans le droit de Justinien, l'obligation de rapporter est généralisée

de deux manières, quant aux *personnes* et quant aux *choses* qui y sont soumises. *Tous* les descendants, les *sui* comme les émancipés, qui viennent à la succession de leur ascendant, soit *ab intestat*, soit comme héritiers testamentaires, sont tenus au rapport, à moins que leur auteur ne les ait expressément dispensés. L'obligation de rapporter n'incombait pas à celui qui n'était pas héritier, donc pas à l'héritier renonçant. (Fr. 9, D., *De dotis collatione*, 37, 7; l. 25, C., *Familiæ erciscundæ*, 3, 36.) Les objets soumis au rapport étaient la dot, la donation *ante nuptias* et généralement *toutes* les donations que l'ascendant avait faites à son descendant, ainsi que ce qu'il lui avait donné pour son établissement. Les *legs* n'étaient pas soumis au rapport, parce qu'ils étaient présumés être donnés par préciput. (Fr. 1, § 19, D., *De collatione*, 37, 6; fr. 39, § 1, D., *Famil. ercisc.*, 10, 2.)

La *collatio* n'avait lieu qu'entre *descendants*, et non entre ascendants et collatéraux.

1508. Dans les pays de *droit écrit* de l'ancienne France, les règles du droit romain étaient suivies.

Les *Coutumes* variaient beaucoup sur cette matière. « Les unes rejetaient absolument le rapport, d'autres ne l'admettaient qu'avec des modifications diverses, dit Chabot; mais il n'en était aucune qui contînt une disposition absolument prohibitive, et à laquelle par conséquent la volonté de l'homme ne pût déroger. » (Rapport, n° 44; Locré, p. 257.)

Lebrun, dans son traité des *Successions*, expose *onze genres* de coutumes différentes, en terminant par dire que l'on n'aurait *jamais* fini si l'on voulait rapporter toutes les dispositions des coutumes sur ce sujet.

Il faut, dans l'ancien droit français, bien distinguer deux règles : d'abord celle qui est relative au *rapport des donations*, puis la règle de l'*incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.*

Une différence fondamentale entre les deux législations, c'est qu'en droit français l'obligation du rapport ne s'appliquait qu'aux successions *ab intestat*, tandis qu'en droit romain elle était étendue aux successions testamentaires. (Voy. n° 1507.)

A. *Du rapport proprement dit.*

1. EN LIGNE DIRECTE DESCENDANTE.

1509. En ligne descendante, le rapport était la règle. Loysel la formule ainsi : « Enfants avantagés de père et mère doivent rapporter ce qui leur a été donné en mariage ou autrement, moitié en une succession, moitié en l'autre, ensemble les fruits perçus depuis la succession échue ; ou moins prendre, à la raison de la prisée qui en fut faite, les réparations utiles et nécessaires toujours déduites ou décomptées, ou de ce qu'ils auraient eu sans fraude. » (*Inst. cout.*, n° 351.)

Quant à la question de savoir si cette règle pouvait être *modifiée par la volonté de l'homme*, Pothier distingue *trois* principales classes de coutumes :

1° Celles de la première classe, qui sont en petit nombre, telles que Berri, Bourbonnais, Nivernais, et qui permettent aux père et mère de donner entre-vifs à leurs enfants *sans charge* de rapporter ;

2° Celles de la seconde classe, qu'on appelle *coutumes d'égalité*, et qui obligent les enfants de rapporter à la succession de leurs père et mère tout ce qui leur a été donné, quand même ils renonceraient à leur succession. Telle est la coutume de Dunois entre toutes personnes, celles de Touraine, Anjou, le Maine à l'égard des non-nobles ;

3° Celles de la troisième classe, qui sont *la plus grande partie des coutumes*, et du nombre desquelles sont celles de Paris et d'Orléans, et qui obligent les enfants au rapport de tout ce qui leur a été donné par leurs père et mère, lorsqu'ils viennent à leur succession, mais elle leur permet de garder les dons en renonçant à leur succession.

Les principes de la coutume de Paris étaient le droit le plus général du pays coutumier, qu'avait aussi adopté la coutume d'Orléans. Les articles 303 et 304, qui les énoncent, sont ainsi conçus :

« Art. 303. Père et mère ne peuvent, par donation faite entre-vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ou autre-

ment, en manière quelconque, avantager leurs enfants venant à leur succession, l'un plus que l'autre.

« Art. 304. Les enfants venant à la succession de père ou mère doivent rapporter ce qui leur a été donné, pour, avec les autres biens de ladite succession, être mis en partage entre eux, ou moins prendre. » (*Successions*, chap. IV, art. 2, § 1.) Ainsi, d'après ces dernières coutumes, le donataire pouvait *se soustraire* au rapport par la *renonciation*, mais il ne pouvait en être *dispensé* par le donateur.

2. DU RAPPORT EN LIGNE COLLATÉRALE ET EN LIGNE ASCENDANTE.

1510. Entre collatéraux, le rapport *n'était pas la règle.* Loysel en énonce le principe en ces termes : *Rapport n'a lieu en ligne collatérale s'il n'est dit.* (*Inst. cout.*, n° 355.)

En ce qui concerne *ce rapport* proprement dit, Pothier distingue *deux* classes de coutumes :

« 1° Il y en a, dit-il, qui désirent la même égalité entre les héritiers collatéraux qu'entre les enfants, et en conséquence obligent les héritiers collatéraux, de même que les enfants, à rapporter les donations entre-vifs qui leur auraient été faites; telle est la coutume de Blois ; telles sont les coutumes d'Anjou et du Maine, qui y obligent les collatéraux héritiers présomptifs comme les enfants, même dans le cas où ils renonceraient à la succession.

« 2° Les coutumes de Paris, d'Orléans et la plupart des autres coutumes n'*obligent point les héritiers collatéraux au rapport des donations* entre-vifs qui leur auraient été faites par le défunt; mais elles ne permettent pas qu'on soit en même temps héritier et légataire.

« En ce qui concerne cette *dernière* règle, il y en a qui permettent expressément d'être héritier et légataire.

« Il y en a qui ne s'en expliquent pas.

Pothier ajoute qu'il y a controverse sur le point de savoir si l'on doit étendre la disposition de la coutume de Paris aux pays dont la coutume est muette sur ce point, et il cite un arrêt qui s'est prononcé pour la négative, qu'il approuve. « Car, dit-il, ces coutumes n'étant fondées que sur des raisons arbitraires qui ne sont point prises dans la nature des choses ni dans aucune équité

naturelle, ne doivent point être étendues hors de leur territoire, ni restreindre, dans les provinces qui n'y sont pas soumises, la liberté naturelle que chacun a de disposer comme bon lui semble de ses biens. D'ailleurs n'y ayant pas d'uniformité sur ce point dans les différentes coutumes, il n'y a pas de raison de suivre plutôt celle de Paris qu'une autre, et on ne peut pas dire que sa disposition générale contienne le droit général du pays coutumier qu'il faille suivre dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées. » (*Successions*, *l. c.*, art. III, § 1.)

1511. Quant aux *ascendants*, la question de savoir si le rapport était dû était controversée. Il paraît que la plupart des jurisconsultes penchaient vers l'opinion que les ascendants n'étaient pas soumis au rapport. (Voy. Demolombe, XVI, n° 157).

B. *De l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.*

1512. Loysel, *Inst. cout.*, n° 311, au § 12 du titre des Testaments, énonce la règle : *En succession directe, on ne peut être héritier et légataire, aumônier et parçonnier, mais bien donataire et héritier en ligne collatérale.*

Le terme *aumônier* est synonyme de *légataire;* celui de *parçonnier,* d'héritier ou copartageant. (Voy. les notes de E. de Laurière sur Loysel, n° 311.)

Le cumul de ces deux qualités était défendu également en ligne collatérale par l'article 300 de la coutume de Paris portant : *Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble,* et l'article 301 continue : *Peut toutefois entre-vifs être donataire et héritier en ligne collatérale.*

Le vrai sens de cette règle est : que nul ne peut prétendre, à titre de *legs,* à une chose faisant partie des biens auxquels il a part comme *héritier;* mais que celui qui n'a aucun droit à la chose comme héritier, ou cohéritier, peut en être légataire quoiqu'il soit héritier d'une autre espèce de biens. (Pothier, art. III, § 2.)

C. *De l'origine des deux règles qui précèdent.*

1513. 1° Du rapport proprement dit. — La plupart des auteurs enseignent que l'origine du rapport remonte au droit romain. C'est sans doute la législation la plus ancienne connue

dans laquelle nous rencontrions le rapport, et elle n'est pas restée étrangère au développement de cette institution. Mais le droit romain est-il en cette matière la *source* du droit français? On peut en douter; tout au moins cette *filiation* n'est pas établie.

Nous croyons plutôt que le rapport a aussi une origine coutumière complétement indépendante du droit romain. L'idée, toute naturelle d'ailleurs, qu'il faut l'égalité entre les cohéritiers, trouve son expression dans deux législations différentes, sans que l'une l'ait empruntée à l'autre. Ce qui le prouve, c'est que l'obligation de rapporter est mentionnée déjà dans des monuments de droit germanique et de droit coutumier *antérieurs* à la domination et indépendants de l'influence du droit romain. Ainsi l'article 13 du liv. Ier du Miroir des Saxons (*Sachsenspiegel,* datant de 1231 à 1235) et le spécimen 128 du Miroir des Souabes (*Schwabenspiegel,* datant de 1276 à 1281) portent que si le père ou la mère dotent un de leurs enfants, ou s'ils lui abandonnent une partie de leurs biens pour s'établir, cet enfant ne peut prendre part à la succession de son père ou de sa mère qu'en remettant dans la succession les biens qui lui ont été donnés.

Dans De Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis* (de 1283), chapitre XIV, traitant *des Eritages,* nos 13 à 15, nous voyons que celui qui avait reçu des biens de ses père ou mère et qui veut venir à leur succession, doit y rapporter les choses reçues ou leur valeur; que s'il a reçu un héritage sur lequel il a bâti, il doit rapporter la valeur qu'avait ce bien au moment où il l'a reçu, sans les constructions; que si l'enfant a détérioré l'héritage, il doit également en rapporter la valeur au moment de la donation, en tenant à ses cohéritiers compte de la détérioration; *car li empiremens qu'il a fet en l'eritage ne doit pas estre el damace d'autrui.* (Comparez les articles 861-863 du code civil.)

1514. 2° Origine de la règle qu'*aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt.* Il y a, entre cette règle et la précédente, une différence essentielle; la règle du rapport était relative aux dons entre-vifs; celle-ci ne concerne que les legs. La plupart des auteurs français assignent à la première une *origine romaine* (ce qui nous paraît une erreur), tandis qu'ils considèrent celle-ci comme d'origine nationale et coutumière, sans toutefois l'expliquer d'une manière satisfaisante.

La raison donnée par Ferrière, sur l'article 300 de la coutume de Paris, « que l'héritier ne peut pas en même temps être légataire, parce qu'il serait tout à la fois créancier et débiteur », a déjà été réfutée par Pothier : l'incompatibilité n'existerait que pour la portion à laquelle le légataire serait en même temps appelé comme *héritier*, et non pour les autres portions.

Selon Lebrun, *Successions*, liv. III, chap. VII, n° 1, cette règle aurait pour but de maintenir les propres dans chacune des lignes à laquelle ils appartenaient. Si c'était là le vrai motif, l'incompatibilité devrait cesser toutes les fois que le legs aurait pour objet un propre de la ligne; de plus la conservation des propres dans la ligne était garantie par les réserves coutumières.

Pothier rattache, avec raison, cette règle aux principes sur lesquels est fondé le rapport. Voici comment il s'exprime :

« Cette disposition a pour seul fondement l'inclination de notre droit français à conserver l'égalité entre les héritiers comme un moyen de conserver la paix et la concorde entre les familles, et d'en exclure les jalousies auxquelles donneraient lieu les avantages que l'on ferait à l'un des héritiers par dessus les autres. Il était d'autant plus important de maintenir cette égalité à l'égard d'hommes guerriers et féroces, tels qu'étaient nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de jalousie, et toujours prêts à en venir aux mains et aux meurtres pour les moindres sujets. »

Pothier ajoute que les coutumes d'égalité, qui ne permettent pas à l'un des héritiers de conserver le legs en renonçant à la succession, sont restées plus fidèles à l'esprit de l'ancien droit français que celles qui lui permettent de conserver le legs en renonçant à la succession; que ces dernières ont abandonné l'esprit de l'ancien droit et en ont retenu seulement la lettre par une subtilité; mais qu'il donne la préférence à ces dernières parce qu'elles se sont rapprochées du droit naturel en nous donnant la liberté de disposer de nos biens. Il fait remarquer que les coutumes n'exigent pas une égalité aussi parfaite entre les collatéraux qu'entre les enfants; que les enfants doivent conférer à la masse commune non-seulement les legs, mais aussi les dons entre-vifs, « au lieu qu'elles n'obligent les héritiers collatéraux qu'à *laisser* à la masse commune ce qui a été légué à quelqu'un d'eux, et non point ce qui aurait été donné entre-vifs à quelqu'un

d'eux, se contentant qu'il y ait égalité entre eux dans les biens de la succession qu'ils ont à partager, et ne faisant point attention à ceux qui, ayant été donnés entre-vifs, ne font plus partie de cette succession. » (*Successions*, chap. IV, art. III, § 2.)

Le vrai sens de la règle qu'*aucun ne peut être héritier et légataire* est, selon Pothier, celui-ci : Nul ne peut prétendre à titre de legs aucune chose des biens auxquels il a part comme héritier, mais, dans l'intérêt de l'égalité, il doit conférer la chose léguée à la masse commune qu'il a à partager avec ses cohéritiers.

L'adage que *nul ne peut être héritier et légataire* est plus récent que les règles sur le rapport que nous avons exposées aux n[os] 1509-1511 ; il date peut-être de l'époque de l'introduction du droit romain, dont il est l'antithèse. Le droit romain permettait de cumuler ces deux qualités (voy. *suprà*, n° 1507), le droit coutumier le défendait, et cette défense est énergiquement formulée par notre adage.

D. *Du droit intermédiaire.*

1515. L'article 9 de la loi du 17 nivôse an II porte que les successions ouvertes depuis et y compris le 14 juillet 1789 et celles qui s'ouvriront à l'avenir doivent être partagées également entre les descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes les lois, coutumes, donations, testaments et partages déjà faits, et qu'aucun des héritiers ne peut, même en renonçant à ces successions, se dispenser de rapporter ce qu'il aurait eu à titre gratuit par l'effet d'une donation qui lui aurait été faite le 14 juillet 1789 ou depuis ; et l'article 16 de la même loi défend à toute personne de disposer de quelque partie de ses biens, que ce soit au profit d'un ou de quelques-uns de ses héritiers *ab intestat*, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale. C'était l'application la plus absolue de la règle que nul ne peut être héritier et légataire.

Cette loi fut abrogée par celle du 4 germinal an VIII (25 mars 1800), qui augmente la quotité disponible et dont l'article 5 est ainsi conçu : « Les libéralités autorisées par la présente loi pourront être faites au profit des enfants ou autres successibles du disposant, *sans qu'ils soient sujets au rapport.* »

II. LÉGISLATION DU CODE CIVIL.

A. *Principes généraux.*

1516. Le rapport est la réunion (fictive ou réelle) à la succession des donations et legs faits à un héritier par le défunt, à l'effet de *rétablir l'égalité* entre tous les copartageants, en mettant sur la même ligne ceux qui ont et ceux qui n'ont pas reçu du défunt des donations ou des legs.

Le terme *rapport* n'est pas exact lorsqu'il s'applique aux libéralités *testamentaires*; le donataire *rapporte*, le légataire *laisse* les libéralités dans la succession.

1517. L'idée fondamentale sur laquelle reposent les règles sur le rapport, d'après les auteurs du code, est celle-ci : Le *défunt est présumé avoir voulu l'égalité entre tous ses héritiers* et n'avoir pas voulu faire des avantages à l'un d'entre eux aux dépens des autres; toute disposition entre-vifs faite au profit de l'un des successibles doit être considérée comme une simple avance sur sa part héréditaire, et tout legs est considéré comme lui tenant lieu de cette part en tout ou en partie. Mais cette présomption cède à la preuve contraire résultant d'une déclaration expresse de la volonté du défunt.

Donc, l'héritier ne peut, vis-à-vis de ses cohéritiers, être à la fois *héritier et donataire ou légataire* du défunt; s'il veut venir à la succession comme *héritier* et prendre sa portion héréditaire, il doit remettre dans la succession les dons qu'il avait reçus du défunt entre-vifs et laisser dans la masse les legs que ce dernier lui a faits; mais il a aussi la faculté de *renoncer à la succession et de conserver ces dons et ces legs*. Il ne peut *cumuler* ces deux qualités que lorsque le défunt l'a dispensé du rapport. Ce principe est ainsi formulé par l'article 843 du code :

« Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre-vifs, directement ou indirectement : il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport. »

Les règles sur le rapport peuvent donc se réduire à trois questions :

1° Dans quels cas l'égalité entre les cohéritiers est-elle censée altérée ?

2° Comment le défunt peut-il manifester sa volonté de favoriser l'un de ses héritiers?

3° Comment le rapport, lorsqu'il est dû, peut-il se faire?

1518. Il ne faut pas confondre le droit au rapport avec le droit de demander la réduction des legs ou donations : le premier appartient à *tous* les héritiers indistinctement; le second n'appartient qu'aux héritiers *à réserve;* le premier appartient à tous les héritiers les uns contre les autres; le second n'appartient qu'aux héritiers réservataires, mais contre tous les légataires et donataires.

1519. Le rapport est dû dans tous les cas où l'héritier a reçu du défunt une donation entre-vifs ou lorsqu'un legs lui a été fait, à moins que le don ou le legs ne lui ait été fait *expressément par préciput et hors part* ou avec *dispense de rapport.* La déclaration que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part peut être faite, soit par l'acte même qui contient la disposition, soit dans un acte postérieur conçu dans la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires (art. 843, 919).

La dispense de rapport doit être *expresse,* mais la loi n'exige pas de forme sacramentelle; il suffit que la volonté du donateur ne soit pas équivoque (arg. art. 918). Ainsi un legs universel ou une institution d'héritier, ou l'institution sur la quotité disponible peut impliquer la dispense de rapport.

Mais la dispense de rapport ne peut jamais s'appliquer qu'à la *quotité disponible;* l'excédant est sujet à rapport (art. 844).

1520. Il est défendu de cumuler la qualité d'*héritier* et de *légataire* ou *donataire* du défunt. Donc il n'y a pas lieu à rapport si ces *deux qualités* ne sont pas réunies dans la même personne. Or, l'héritier qui *renonce* est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785 et *suprà,* n° 1420). Donc l'héritier renonçant peut recevoir et retenir tout ce que le défunt aurait pu donner à une personne étrangère à la succession, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 845). La renonciation à la succession, pour s'en tenir au don ou au legs, assimile l'héritier renonçant entièrement au donataire ou légataire étranger.

De là il suit que l'héritier présomptif qui renonce à la succession ne peut retenir les dons et les legs que jusqu'à concurrence de la *quotité disponible*, et non jusqu'à concurrence de la *quotité disponible augmentée de la réserve* à laquelle il eût eu droit comme héritier; autrement il aurait autant de droit que s'il eût accepté; il serait à la fois héritier réservataire et renonçant, ce qui serait une contradiction manifeste. L'héritier renonçant ne pourrait pas même faire ce cumul si les dons ou legs lui avaient été faits avec dispense de rapport. Cette solution est toujours controversée. Toutefois elle peut être considérée comme admise par la majorité de la jurisprudence depuis l'arrêt connu sous le nom de *Laroque*, rendu par la cour de cassation de France le 18 février 1818. (Voy., dans le même sens, arr. de Dijon du 10 avril 1867, D., 1867, 2, 228 et la note; Cass. fr., 27 nov. 1863, chamb. réunies, D., 1864, 1, 3-24 et la note et le réquisitoire de M. Dupin, procureur général.)

Les exemples suivants démontrent les effets pratiques de ces règles.

Supposons que le défunt ait laissé une succession de 120,000 fr. et trois enfants. Différents cas de disposition se présentent.

1° Primus a reçu *avec dispense de rapport* un don de 30,000 fr., montant de la quotité disponible. Il le conserve et prend, en outre, sa part héréditaire, c'est-à-dire un tiers du restant de la succession, soit 30,000 francs, donc en tout 60,000 francs. S'il renonçait à la succession, il ne pourrait pas conserver le don et prendre les autres 30,000 francs à titre de réservataire.

2° Primus a reçu 30,000 francs *sans dispense de rapport*. Il accepte la succession; il doit les remettre dans la masse et prend 40,000 francs, c'est-à-dire un tiers de 120,000 francs à titre d'héritier.

3° Primus a reçu 40,000 francs *sans dispense de rapport*; il accepte la succession; il les remet dans la masse et reprend la même somme, c'est-à-dire un tiers de 120,000 francs à titre d'héritier.

4° Primus a reçu 40,000 francs *avec dispense de rapport*. Comme cette somme dépasse de 10,000 francs la quotité disponible, elle est réduite à 30,000 francs; et il prend en outre 30,000 francs à titre d'héritier.

1521. Le rapport est dû par l'héritier donataire *personnellement* et *individuellement*, et non pas collectivement par les héritiers d'une ligne ou d'une branche à ceux de l'autre ligne ou d'une autre branche. Ainsi, par exemple, le père ayant deux enfants a fait le don de la quotité disponible au fils de l'un d'eux avec dispense de rapport; les descendants des deux enfants viennent à la succession de leur aïeul par représentation; la *branche* dans laquelle se trouve le don n'en doit pas le rapport à l'autre branche.

Cette disposition se trouvait en toutes lettres dans l'article 166 du projet primitif du code, élaboré par la commission établie le 24 thermidor an VIII; elle n'a pas été reproduite parce qu'elle se trouve implicitement sanctionnée par les termes des articles 843 et 857 du code. (Demolombe, XVI, n° 177.)

B. *Par quelles personnes le rapport est-il dû?*

1522. Pour qu'un successible soit tenu de rapporter, il faut la *réunion de deux conditions* :

1° Qu'il soit *héritier*, venant à la succession;

2° Qu'il soit en même temps *donataire* ou légataire du défunt.

1523. En vertu du principe qui précède, le rapport est dû par *tout héritier* bénéficiaire ou pur et simple, descendant, ascendant ou collatéral qui vient à la succession *ab intestat*, et qui est en même temps donataire ou légataire du défunt, s'il se trouve successible au jour de l'ouverture de la succession, quand même il n'aurait pas été héritier présomptif *lors de la donation* (art. 846). Le motif de cette dernière disposition est que le donateur n'aurait peut-être pas fait la libéralité s'il eût prévu la vocation du donataire à la succession; par exemple, X a un cousin germain A ayant des enfants et le fils d'un autre cousin germain décédé; ce dernier, appelé B, n'est pas son héritier présomptif (voy. *suprà*, n° 1324); il fait une donation entre-vifs à B. A meurt; ses enfants viennent à la succession de X en concours avec B; B doit rapporter.

Le mot *héritier* doit être pris en sens large; il comprend aussi les successeurs irréguliers appelés par la loi. La présomption que le défunt a voulu l'égalité entre eux doit être admise pour les mêmes raisons pour lesquelles elle existe à l'égard des héri-

tiers proprement dits. (Demolombe, n° 175; Gand, 20 fév. 1867, P. 1867, 229.)

Mais les règles sur le rapport ne s'appliquent pas à la succession testamentaire, à la différence du droit romain. (Voy. *suprà*, n° 1507.) Le code a suivi le droit coutumier. De plus, les légataires universels et à titre universel ne peuvent se contraindre respectivement au rapport, parce qu'entre eux l'égalité n'a pas lieu de droit; tout ce qu'ils reçoivent leur vient *uniquement* de la volonté du défunt, et la présomption que le défunt ait voulu l'égalité n'a pas de base.

1524. « Les dons et legs faits au fils de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession sont toujours réputés faits avec dispense du rapport » (art. 847). C'est une conséquence du principe énoncé au n° 1522; car il n'y a pas réunion des *deux* qualités d'héritier et de donataire dans la même personne. Mais, si l'obligation de rapporter n'existe pas *en principe*, pourquoi le code *dispense-t-il* du rapport? C'est une réminiscence de l'ancien droit. Les articles 306 de la coutume de Paris et 308 de celle d'Orléans considéraient ces dons ou legs comme des avantages indirects, faits *au père* par personne interposée. L'idée du code est celle-ci : ce ne sont pas des dons faits au père : mais voulût-on même les considérer comme tels, ils sont dispensés du rapport.

Le père n'est pas tenu de les rapporter s'il vient à la succession du donateur.

1525. Par la même raison, le fils venant *de son chef* à la succession du donateur n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, même quand il aurait accepté la succession de celui-ci; car le donataire et l'héritier ne sont pas la même personne. Le fils ne devrait rapporter que les dons faits à lui-même.

Il en est autrement si le fils vient par *représentation;* alors il doit rapporter ce qui a été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession ou qu'il n'aurait accepté sa succession que sous bénéfice d'inventaire; car le représentant entre *activement* et *passivement* dans les droits qu'aurait eus le représenté (art. 848, 739 et *suprà*, n° 1314, 2°; Cass. fr., 4 mars 1872, D. 1872, 1, 319).

1526. Mais, dans ce dernier cas, le fils doit-il rapporter les

dons qu'il a *personnellement* reçus du défunt? La question est controversée.

Pour la négative, on dit que le fils est *seulement donataire*, mais qu'il n'est pas lui-même *héritier;* que, par la fiction de la loi, c'est le *représenté* qui est héritier, puisque les libéralités reçues par ce dernier doivent être rapportées; le représenté ne devrait pas rapporter les dons faits à son fils, donc ce dernier, entrant dans sa place et dans ses droits, ne doit pas les rapporter non plus; que s'il en était autrement, le prédécès du représenté profiterait aux autres héritiers, ce qui ne serait pas équitable.

Ce dernier argument ne prouve rien; il n'est pas même juste. Car, en ligne collatérale, où il n'y a pas de représentation, le prédécès de l'oncle peut profiter aux cousins du défunt, parce que, par suite de ce prédécès, ils ne sont plus exclus par un parent plus proche qu'eux-mêmes, et se trouvent en concours avec les fils de cet oncle.

Reste le premier argument. Il n'est pas vrai non plus. Car le représentant est bien réellement *héritier lui-même*, quoique prenant la place et le degré du représenté. Ce qui le prouve, c'est que pour venir par représentation il faut personnellement réunir les conditions nécessaires pour succéder au *de cujus*. (Voy. *suprà*, n° 1308.) Donc, dans le cas dont il s'agit, le fils doit rapporter les dons qu'il a reçus personnellement, et il doit aussi rapporter les choses données au représenté; car il est à la fois héritier et donataire. (Voy., en ce sens, Demante, III, n° 184 *bis*, 11, et Demolombe, XV, n°s 197-200.)

1527. Quant aux libéralités faites dans le cas où le successible est *marié*, on applique toujours le principe fondamental établi au n° 1522. Trois cas peuvent se présenter :

1° Si les dons sont faits *à l'époux successible*, il les rapporte en entier;

2° Si les dons et legs sont faits *conjointement à deux époux* dont l'un seulement est successible, celui-ci en rapporte la moitié;

3° Si les dons et legs sont faits *au conjoint* d'un époux successible, il ne les rapporte pas, ou, comme dit la loi, *ils sont réputés faits avec dispense du rapport* (art. 849). Ces mots recoivent ici la même explication que dans l'article 847. (Voy. *suprà*, n° 1524.)

Il est à remarquer que ces solutions sont les mêmes quel que

soit le régime sous lequel les époux sont mariés, et quand même par suite de ce régime l'époux successible profiterait des dons faits à son conjoint, ou que le successible ne profiterait pas des dons à lui faits. Par exemple : les époux sont mariés en communauté; une donation mobilière a été faite à la femme du successible; le don tombant dans la communauté, ce dernier en profite sans rapporter. Si la femme donataire était successible, elle pourrait être tenue de rapporter le don sans en avoir profité, par exemple si le mari, maître de la communauté, l'avait dilapidé.

D'après l'ancien droit, l'obligation du successible de rapporter les dons faits à son conjoint était subordonnée à la condition d'avoir profité de ces dons. (Voy. Pothier, *Successions*, chap. IV, art. II, § 4.) L'article 167 du projet primitif du code contenait la même disposition; la section de législation du conseil d'État ne l'a pas admise.

Pour motiver la règle du code civil, on peut dire que le profit que l'époux successible tire des donations faites à son conjoint non successible, il le reçoit non comme donataire, mais en vertu du contrat à titre onéreux et aléatoire qu'il avait fait avec lui. (Mourlon, II, p. 155.)

C. *A quelle succession le rapport est-il dû?*

1528. « Le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur » (art. 850). C'est encore une application du principe que, pour rapporter, il faut être à la fois donataire et héritier. Or, le donataire, venant à une succession autre que celle du donateur, est bien *héritier*, mais il n'est pas donataire du *de cujus*, et l'égalité du partage de *cette* succession n'a pas été troublée par la donation.

Il suit de cette règle que le rapport ne se fait pas à la succession de l'héritier du donateur, et que, par conséquent, le fils ne rapporte pas à la succession de son père les dons qu'il a reçus de son aïeul;

Ni les dons qu'il a reçus de sa mère;

Que la dot constituée aux enfants issus du mariage se rapporte pour le tout ou pour portion à la succession du père ou de

la mère qui a pris à sa charge la donation, conformément aux articles 1438 et 1439 du code;

Que lorsque la dot a été constituée par le père seul en effets de la communauté, le rapport se fait pour moitié à la succession du père et pour moitié à la succession de la mère; mais que si cette dernière a renoncé à la communauté, il se fait pour la totalité à la succession du père.

D. *A qui est dû le rapport?*

1529. « Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier; il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession » (art. 857). (Fr. 1, § 1, D., *De collatione*, 37, 6.)

Le rapport ayant été introduit pour établir l'égalité entre les héritiers *ab intestat*, il s'ensuit que chaque héritier ne le doit qu'à son cohéritier.

Les légataires n'ont aucun droit d'exiger le rapport ni de profiter du rapport effectué, parce que eux aussi bien que les héritiers feraient une acquisition à titre gratuit (*certant de lucro captando*), et puis leur titre est postérieur à celui des donataires. Les biens étaient définitivement et irrévocablement sortis du patrimoine du défunt; et si la loi considère fictivement ou réellement cette aliénation comme non avenue ou comme révoquée, c'est uniquement en faveur des cohéritiers. Ainsi, quelqu'un ayant deux frères a fait une donation entre-vifs à l'un d'eux; puis il lègue à un étranger le tiers de ses biens. Le légataire n'a droit qu'au tiers des biens qui se trouvent réellement dans la succession lors du décès du donateur. Les biens que le frère donataire doit rapporter sont partagés exclusivement entre lui et son frère; le légataire n'y participe pas.

Le légataire ne peut pas exiger le rapport d'un autre légataire, et l'héritier ne peut pas non plus demander le rapport d'un légataire. (Voy. *suprà*, n° 1523.)

Il suit de cette règle que le donataire en avancement d'hoirie ne doit pas le rapport réel de son don aux légataires par préciput, alors même qu'ils sont héritiers. (Cass. fr., 3 août 1870, et Grenoble, 22 février 1871, D., 1872, 1, 356; 2, 181.)

1530. A première vue, on pourrait douter de l'équité de la règle qui prive les *créanciers* de la succession du droit d'exiger le rapport ; mais cette règle n'a rien d'injuste. Car les créanciers *postérieurs* à la donation n'ont jamais pu ni dû compter sur des biens déjà sortis du patrimoine de leur débiteur au moment où la dette a été créée. Les créanciers *antérieurs* à la donation ont suivi la foi personnelle de leur débiteur, s'ils n'ont pas stipulé des sûretés spéciales ; ou bien, si la donation a été frauduleuse, ils auraient pu ou ils peuvent encore l'attaquer par l'action paulienne en vertu de l'article 1167 du code civil.

Les créanciers, pas plus que les légataires, ne peuvent profiter d'un rapport effectué par un des cohéritiers (arg. de l'article 921).

De là il suit que l'héritier tenu de rapporter une somme d'argent ne peut pas compenser cette somme avec les créances qu'il pourrait avoir contre le défunt ; ce serait se payer de ses créances avec les sommes à rapporter. (Cass. fr., 8 mai 1867, D., 1867, 1, 309.)

Il est évident que cette règle ne s'applique qu'aux *donations entre-vifs ;* quant aux *legs*, ils ne peuvent être payés qu'après payement de tous les créanciers. Les biens légués ne sont pas encore sortis du patrimoine du défunt ; ils font partie de la succession, et *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* (Voyez *suprà*, n° 1463.)

1531. Toutefois les *créanciers personnels d'un héritier* peuvent exiger le rapport en exerçant les droits de leur débiteur par l'action subrogatoire en vertu de l'article 1166 du code. Il en est de même des créanciers de la *succession* toutes les fois que l'héritier l'accepte *purement et simplement*, sans bénéfice d'inventaire, parce qu'alors les créanciers du défunt sont en même temps créanciers *personnels* de l'héritier ; il y a confusion des patrimoines. Il en est autrement si l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire. Alors les patrimoines ne se confondent pas, et l'héritier bénéficiaire peut demander le rapport sans que le créancier de la succession en profite. (Voy. *suprà*, n° 1453.)

Si les créanciers du défunt ont demandé la séparation des patrimoines (art. 878-880), leur droit de se faire payer de préfé-

rence sur les biens de la succession ne s'exerce pas sur les biens qui ont été ou qui doivent être rapportés à la succession.

E. *Des choses soumises au rapport*.

1532. En *principe*, l'héritier doit rapporter tout ce qu'il a reçu directement ou indirectement du défunt, et qui lui a procuré un avantage dont l'effet serait de lui donner dans les successions une part plus forte qu'à ses cohéritiers.

Pour décider s'il y a lieu à rapport, on ne doit donc pas toujours prendre pour base la distinction si le défunt a pris le don sur son *capital* ou sur ses *revenus*, ainsi que le font quelques auteurs. Il faut plutôt examiner si les valeurs données entraient dans les dépenses ordinaires que le défunt aurait faites alors même qu'il ne les aurait pas données à son successible. S'il n'en est pas ainsi, il faut en règle générale se prononcer *pour* l'obligation de rapporter.

Ainsi, le rapport peut avoir pour objet : 1° les dons entre-vifs ; 2° les dettes payées par le défunt.

1. DU RAPPORT DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

1533. 1. Sont soumises au rapport toutes les *donations entre-vifs directes* quelconques ; donc aussi :

a. Les donations faites sous certaines charges (*sub modo*), mais déduction faite des charges qui les grèvent ou des dettes qu'elles ont servi à payer ;

b. Les donations *rémunératoires*, jusqu'à concurrence de la libéralité qu'elles renferment ; c'est-à-dire, le donataire ne doit rapporter que jusqu'à concurrence de la somme ou de la valeur qui excède la valeur des services rendus ;

c. Les donations faites par *contrat de mariage* (arg. art. 204, 843, 851). On a à tort invoqué l'article 1090 pour prouver le contraire. Cet article ne déroge nullement aux règles sur le rapport ; il fait simplement une application des principes sur la quotité disponible et la réserve aux donations par contrat de mariage, qui, par cela même, sont soumises au droit commun.

Exceptionnellement la dot ne doit pas être rapportée dans le cas de l'article 1573.

d. Les *dons manuels*, à moins que, à cause de leur modicité même, ils ne doivent être considérés comme de simples *présents d'usage* (art. 852). (Voy., sur cette question ainsi que sur la difficulté de la preuve, Demolombe, XVI, n° 328-330, et jugement du tribunal de Bruxelles du 16 mars 1864; B. J., t. 23, p. 1083).

1534. 2. Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'*établissement* d'un des cohéritiers (art. 851), par exemple, des sommes données pour lui procurer un état ou une profession, ou pour lui acheter un fonds de commerce ou un corps de bibliothèque, ou les instruments nécessaires à une profession, ou pour la continuation ou l'extension d'une affaire déjà établie. Mais il ne faut pas confondre avec les frais d'établissement les frais d'éducation et d'instruction, lesquels ne sont pas soumis au rapport.

Tout ce qui a été donné à un successible pour l'établir par mariage ou autrement est sujet au rapport, et la plupart des anciennes coutumes y assujettissaient à ce titre les habits nuptiaux et le trousseau, mais non les frais et banquets de noces. (Voy. Pothier, *Successions*, chap. IV, art. II, § 3.)

1535. 3. Quant aux frais faits pour le *remplacement militaire*, la plupart des auteurs se prononcent, avec la jurisprudence, en principe pour le rapport, en y admettant toutefois deux exceptions, savoir :

a. Si le père avait donné un remplaçant à son fils, moins dans l'intérêt de celui-ci que dans son propre intérêt, afin de conserver un travailleur utile pour ses affaires;

b. Si le traité fait par le père a été onéreux, par exemple s'il avait imprudemment payé le prix du remplacement à une compagnie d'assurance insolvable qui n'aurait pas pu satisfaire à son engagement, de sorte que le fils n'en aurait pas profité (arg. art. 855, 1375 et 1573). (Voy. Demolombe, n° 350-351.)

Cette solution est juste et conforme aux principes généraux de droit.

1536. 4. L'héritier doit rapporter tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre-vifs *indirectement* (art. 843). Les auteurs sont très-divisés d'opinion sur le sens de ce terme, qui n'a pas

une signification technique définie par le code. Il est donc rationnel de le prendre dans le sens de l'ancien droit et surtout de Pothier, que les auteurs du code avaient sous les yeux.

Or, on peut distinguer *trois* espèces de libéralités que Pothier qualifie avec raison d'*indirectes* :

a. Tous les actes quelconques faits *franchement* et *ouvertement*, autres que les donations formelles, et qui ont procuré à l'héritier un avantage aux dépens du patrimoine du défunt;

b. Les donations *déguisées* sous la forme d'un *contrat à titre onéreux* ;

c. Les donations faites par l'intermédiaire de *personnes interposées*. (*Successions*, chap. IV, art. II, § 2.)

Aux termes des articles 843 et 853, ces libéralités sont donc, *en principe*, soumises au rapport. Faisons de ce principe quelques applications suivant la classification qui précède.

a. « *Tous les actes de quelque espèce qu'ils soient* qui contiennent quelque avantage de la part d'un père ou d'une mère, au profit de quelqu'un de ses enfants (disons d'une manière plus générale au profit d'un cohéritier) obligent cet enfant au rapport », dit Pothier.

Ainsi il y a lieu à rapport si le défunt a fait à un des héritiers remise de sa dette, soit en lui donnant quittance, soit en lui restituant le titre de sa créance (code civ., art. 1282, 1283);

Si, par une transaction sur le compte de tutelle, le défunt s'est reconnu débiteur du pupille, son successible, d'une somme plus forte que celle qui lui était due ;

Si, dans un partage qu'un père fait d'une première communauté avec ses enfants du premier lit, il omet d'exercer des reprises qu'il avait le droit d'exercer, ou s'il porte à une trop haute valeur les indemnités qu'il devait à la communauté, les enfants du premier lit doivent faire rapport de ces avantages aux enfants du second lit ;

Si le défunt a fait avec ses deniers des constructions ou des améliorations sur les immeubles d'un de ses héritiers ;

S'il a renoncé à une succession, à un legs, à une communauté ou à un droit pécuniaire quelconque, et que cette renonciation ait profité à un de ses successibles (Demolombe, nos 332-333 ; Cass. fr., 12 mai 1875, D., 1875, 1, 345, et 1er mai 1876, D.,

1876, 1, 433; 29 janvier 1877, D., 1877, 1, 105; Toulouse, 17 juin 1867, D., 1867, 2, 100);

Si le défunt a fait de ses deniers l'acquisition d'un bien pour un de ses successibles.

1537. Mais les profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt ne doivent pas être rapportés, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites (art. 853). Cette disposition est conforme aux principes. Les conventions entre le défunt et son successible ne sont pas défendues. Ainsi, par exemple, le père a vendu à son fils pour 50,000 francs un immeuble ou lui a cédé un fonds de commerce qui, au moment du contrat, ne valait que cette somme. Plus tard, la valeur de l'immeuble ou du fonds de commerce s'est augmentée de beaucoup, soit par l'élévation du prix vénal de ces choses, soit par le travail ou l'industrie du successible: il n'y a pas lieu à rapport.

Mais, alors même que la convention passée avec le défunt aurait procuré au successible un avantage, il ne serait pas toujours rapportable. Ainsi, par exemple, le défunt avait besoin dans ses affaires d'un employé de confiance, qui pouvait gagner des appointements très-élevés. Il a choisi pour cet emploi un de ses successibles, à qui il a donné le même traitement qu'il aurait dû payer à un étranger; ou bien le défunt a loué à son successible, au prix vénal, une maison favorablement située pour le commerce dans laquelle le successible s'est enrichi; bien que, dans ces deux cas, il ait tiré des avantages du contrat passé avec le défunt, il n'y a pas lieu à rapport. Car, comme le dit avec raison Chabot, « c'est l'intention réelle et le fait qu'il faut considérer dans cette matière. Si le défunt n'a *rien sorti de son patrimoine pour le faire entrer dans celui de son héritier;* s'il a traité avec lui comme il aurait traité avec un étranger, quoiqu'il en soit résulté des profits pour l'héritier, il n'y a pas lieu à rapport. Le défunt a bien procuré à son héritier l'occasion de gagner, mais il l'a fait sans rien perdre lui-même, et il n'y a que la certitude d'un avantage frauduleux qui puisse, en pareil cas, obliger au rapport ». (Rapp. au Tribunat, n° 48; Locré, p. 261; Toulouse, 7 décembre 1867, D., 1868, 2, 95; Gand, 18 juin 1874, P., 1874, 411; 7 juillet 1876, P., 1876, 362.)

Ajoutons cependant qu'il n'est pas nécessaire que l'avantage soit *frauduleux* pour que le rapport soit dû ; il suffit qu'il ait eu lieu *aux dépens du patrimoine du défunt*. (Voy. aussi Pothier, *Successions*, chap. IV, art. II, § 2.)

1538. Le même principe régit les *associations* faites entre le défunt et l'un de ses héritiers. « Il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique, » dit l'article 854. Le sens de cette disposition est : si l'association procure à l'héritier un avantage indirect aux dépens du patrimoine du défunt, le rapport en est dû comme dans le cas précédent; par exemple si le successible, sans y apporter de l'industrie, avait eu dans les bénéfices une part disproportionnée à sa mise; mais il n'est pas dû si l'association procure à l'héritier un profit qu'un étranger aurait pu en tirer, et qui ne diminue pas le patrimoine du défunt; par exemple si le successible y avait apporté son industrie et qu'il eût eu une part de bénéfices en proportion de la valeur de son industrie.

Mais la loi fait une différence entre les conventions ordinaires et les *associations* en prescrivant que les conditions de ces dernières soient réglées par *acte authentique*. Pourquoi? Il y a plusieurs motifs. D'abord, le contrat de société est celui sous lequel on peut le plus facilement déguiser un avantage, et dans lequel il est le plus difficile de le retrouver, par exemple en attribuant à l'industrie de l'un des associés une valeur et une part de bénéfices excessives. C'est à ce même motif qu'il faut rattacher l'article 1840. Ensuite, le législateur a voulu à la fois assurer la certitude de la date et la conservation de l'acte de société, afin que l'on ne pût ni y substituer un autre contrat ni le supprimer.

C'est pourquoi l'authenticité est de rigueur, et elle ne peut pas être remplacée par un acte sous seing privé ayant date certaine, ni par la publication et l'affiche prescrites par le code de commerce. La loi est formelle. (Voy. Demolombe, nos 368-372.)

1539. Mais quelle est la sanction de l'article 854? Quels seront les effets de l'association si les conditions n'en ont pas été réglées par acte authentique? Selon quelques auteurs, il y aura alors lieu de présumer l'avantage indirect, mais seulement jusqu'à la preuve contraire, laquelle pourrait être établie par tous les

moyens de droit. Suivant d'autres, le rapport est alors dû de tous les avantages que le successible a retirés de la société, parce qu'il y a une présomption *juris et de jure* que ces avantages ont été obtenus à titre gratuit. (Cass. fr., 29 décembre 1858, D., 1859, 1, 219; Paris, 2 août 1860, D., 1862, 1, 140, sous cass., 19 novembre 1861.)

Cette opinion, quoique rigoureuse, nous paraît résulter du texte. Car pour que le rapport ne soit pas dû, la loi exige deux conditions, la première, que l'association ait été faite *sans fraude;* la seconde, que les conditions en aient été réglées par acte authentique. Si *une* de ces conditions fait défaut, le rapport est dû. Nous disons : *une* de ces conditions; car l'authenticité même de l'acte de société n'exclut pas la fraude; les conditions stipulées peuvent être simulées.

Le mot *fraude* doit être pris ici *pro subjectâ materiâ;* il s'agit dans ce chapitre du *partage* et de l'*égalité* qui doit y régner d'après la loi; la *fraude* ne peut donc avoir d'autre signification que celle d'une *infraction à cette égalité*, d'une fraude à la loi. Autrement l'article ne présenterait pas de sens. Car, en général, la fraude est une manœuvre doleuse prohibée par la loi. Mais, sauf les règles sur la réserve, la loi ne *défend pas* au défunt de partager sa succession inégalement entre ses héritiers. Donc, à la rigueur, il ne commet pas de fraude en donnant à l'un de ses successibles *indirectement* des avantages qu'il aurait pu lui attribuer directement.

1540. *b.* Des donations *déguisées* sous forme d'un contrat à titre onéreux. Elles sont *indirectes* et, comme telles, sujettes au rapport (art. 843, 853); par exemple, le défunt a vendu à un de ses successibles un immeuble au-dessous de sa juste valeur : l'avantage indirect consiste dans la différence entre la valeur réelle et le prix de la vente. Il peut y avoir aussi donation déguisée dans les deux cas prévus par les articles 853 et 854. (Voy. les nos 1536-1538.)

1541. Il y a controverse sur la question de savoir *quel est l'objet* du rapport lorsque le défunt a vendu à son successible un immeuble pour un prix inférieur à sa valeur. Dans une espèce analogue, les jurisconsultes romains ont émis trois avis différents. (Voy. les fr. 5, § 5, et fr. 31, § 3, D., *De donationibus inter virum*

et uxorem, 24, 1; Pothier, *Successions*, chap. IV, art. II, § 2.) Le même dissentiment existe aujourd'hui.

Faut-il rapporter *l'immeuble lui-même*, ou la différence entre le prix de la vente et la valeur réelle de l'immeuble; ou bien y a-t-il une indivision entre le successible donataire et les autres héritiers?

L'article 866 du code fournit un moyen facile de solution, que l'on peut appliquer au cas dont il s'agit. Si la différence entre la valeur réelle et le prix excède la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire devra rapporter l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la somme qu'il a payée; par exemple, l'immeuble vaut 20,000 fr.; il a été acheté 8,000 fr.; l'immeuble doit être rapporté en totalité, mais l'acheteur donataire prélève 8,000 fr. sur la masse. Si la somme payée à titre de prix excède la moitié de la valeur de l'immeuble, par exemple s'il avait été de 12,000 fr., le donataire pourra retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement, c'est-à-dire, dans l'exemple cité, il payera à ses cohéritiers 8,000 fr.

1542. *c.* Des donations faites par l'*intermédiaire de personnes interposées*. Elles sont *indirectes* et, comme telles, sujettes au rapport. (Voy. Pothier, *loc. cit.*)

La loi n'admet pas de présomption d'interposition de personnes en cette matière, comme dans les cas des articles 911 et 1099. Mais la partie intéressée peut prouver cette interposition par tous les moyens de droit, et, cette preuve faite, il y a lieu à rapport.

1543. Une grande controverse s'est élevée au sujet de la question de savoir si une donation, *par cela seul qu'elle est déguisée* soit sous un contrat à titre onéreux, soit par interposition de personnes, est dispensée du rapport. Plusieurs auteurs soutiennent que le déguisement crée une *présomption* pour la dispense de rapport, sauf aux cohéritiers à établir la preuve contraire. Car, disent-ils, si le défunt n'avait pas voulu dispenser le donataire du rapport, pourquoi aurait-il choisi la voie détournée, le déguisement? Et une fois qu'il avait pris cette voie, il ne pouvait plus dispenser du rapport une donation dont il ne voulait pas même avouer l'existence.

Ce motif, le principal qui est invoqué, est peu concluant. Car le défunt peut avoir eu plusieurs autres raisons de cacher ou de dissimuler sa libéralité. (Zachariæ, § 632, t. II, p. 488, note 3.)

Ce qui s'oppose à cette opinion, c'est que la dispense de rapport doit être *expresse* (art. 843 et 919, alin. 1er, et *suprà*, n° 1519). (Gand, 7 mars 1872, P. 1872, 242; 8 novembre 1877, P. 1878, 78.) Le simple déguisement de la donation n'est pas une manifestation suffisante de la volonté du défunt de dispenser du rapport.

Toutefois cette dispense ne doit pas être ordonnée en termes sacramentels. C'est pourquoi l'on peut admettre que, lorsqu'il y a d'*autres* circonstances dont on peut faire résulter la volonté non équivoque du testateur de dispenser du rapport, le déguisement de la donation peut aussi entrer dans les éléments d'appréciation sur lesquels on pourrait appuyer la dispense. (Cass. fr., 12 mars 1873, D. 1873, 1, 194; Gand, 9 mai 1874, P. 1874, 365.)

1544. Des choses qui ne sont pas soumises au rapport. — Ne sont pas soumises au rapport :

1° Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage (art. 852). Cette disposition ne se trouve dans aucun texte du droit romain; seulement le fr. 50, D., *Familiæ erciscundæ*, 10, 2, dit que si le père a fourni des fonds à son fils émancipé pour faire des études en pays étrangers, et qu'*il ne soit pas prouvé* qu'il l'a fait plutôt pour lui prêter ces fonds que déterminé par l'affection qu'il devait lui porter (*debitâ pietate ductus*), le fils ne doit pas les imputer sur sa portion héréditaire. Cependant tous les commentateurs du droit romain admettent que les aliments ne doivent pas être rapportés, en se fondant, avec beaucoup d'auteurs modernes, sur ce que la prestation des aliments constitue, de la part des ascendants envers les descendants, une véritable *obligation*, et non une libéralité. Ce motif ne peut s'appliquer aux collatéraux. On peut expliquer la disposition en ce qui concerne les héritiers collatéraux par ce qu'a dit Chabot : « Il serait beaucoup trop sévère que les aliments et les frais d'éducation fussent sujets au rapport; il faut aussi laisser quelques droits *à la nature et à la tendresse;* et ce serait les contraindre d'une manière insupportable que de leur interdire

jusqu'à de simples dons, qui, d'ailleurs, sont si utiles pour resserrer les liens de famille. » (Rapport au Tribunat, n° 47, Locré, p. 261.) D'ailleurs ces dépenses sont comparativement de peu d'importance, et on peut dire le plus souvent que le défunt les aurait faites, alors même qu'il ne les aurait pas fait tourner au profit du successible. (Voy. *suprà*, n° 1532.)

Il est rationnel de laisser en cette matière au juge un certain pouvoir discrétionnaire. Ainsi le rapport, par exemple des frais d'apprentissage et d'études ou des présents de noces, pourrait être ordonné dans certaines limites, si les sommes dépensées à cet effet pour un ou pour quelques-uns des enfants excédaient de beaucoup les dépenses faites pour les autres. (Nancy, 7 juillet 1873, sous cass., 28 juillet 1874, D., 1875, 1, 107.)

1545. 2° Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession (art. 856); à partir de ce moment, ils sont dus de plein droit sans demande. La loi suppose que les fruits et les intérêts auraient été dépensés par le défunt dont le patrimoine serait resté le même (*lautius vixisset*). De plus, s'il avait fallu aussi rapporter les intérêts et les fruits, la donation n'aurait été d'aucune utilité pour le donataire; au contraire, elle aurait pu être pour lui une cause de ruine, puisque souvent il aurait consommé avec plus de facilité les fruits pour faire face à ses besoins de chaque jour et, à l'ouverture de la succession, sa dette serait plus considérable qu'elle n'eût été s'il n'avait pas reçu de don.

Quant à l'*acquisition* des fruits, on peut assimiler le donataire à l'usufruitier; les fruits civils s'acquièrent jour par jour, et ceux qui étaient échus avant l'ouverture de la succession lui appartiennent quand même il ne les aurait pas encore touchés (arg. articles 586 et 1570); les fruits naturels ne s'acquièrent que par la perception; ceux que le donataire avait perçus avant le décès du donateur lui appartiennent, ceux qui, à la même époque, n'ont pas encore été perçus appartiennent à la succession (art. 585), mais à la charge par celle-ci de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par le donataire (art. 548). Autrement la succession ferait un profit aux dépens du donataire, et l'application littérale de l'article 586 à ce cas pourrait conduire à une grande inégalité.

1546. Il résulte de la règle qui précède qu'il faut aussi affranchir du rapport :

Les arrérages des rentes, perpétuelles ou viagères (arg. article 588), données par le défunt à son successible, sans distinction entre les rentes dues par un tiers au défunt et celles que le défunt s'est lui-même obligé à servir. Le successible a le droit de réclamer aussi les arrérages échus et non encore payés à l'époque du décès du donateur;

Les produits d'un usufruit établi par le défunt sur une chose dont il était lui-même propriétaire, ou d'un usufruit établi sur un objet appartenant à un tiers au profit du défunt et cédé par ce dernier au successible, ou d'un usufruit constitué sur une chose appartenant au successible et auquel le défunt a renoncé au profit de ce dernier;

Les pensions annuelles que le défunt s'est obligé à payer en argent ou de fournir en nature à l'un de ses successibles. (Voy. Zachariæ, § 631, édit. belge, t. II, p. 485, notes 5-8; Demolombe, XVI, nº 438; Cass. belge, 1er juillet 1864, P., 1864, 373.)

1547. 3° Sur les profits que l'héritier a pu tirer des conventions passées avec le défunt, voy. *suprà*, nº 1537.

1548. 4° La libéralité faite de la manière prévue par l'article 918 du code civil, sur lequel voy. *infrà*, au titre des *Donations*.

2. DU RAPPORT DES DETTES.

1549. Le code contient deux dispositions concernant le rapport des dettes. L'article 829, placé dans la section intitulée : *De l'action en partage et de sa forme*, porte : « Chaque héritier fait rapport à la masse, suivant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits, *et des sommes dont il est débiteur*. » L'article 851, placé dans la section *Des rapports*, dit : « Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers, *ou pour le payement de ses dettes*. »

La loi prévoit deux cas distincts et se sert du mot *rapport* dans deux sens différents. Elle distingue :

1° Le cas où l'héritier était *débiteur* du défunt, donc de la succession, n'importe à quel titre, par exemple en vertu d'un prêt,

d'un achat, comme un étranger pourrait en être débiteur, sans qu'il soit intervenu une libéralité entre eux;

2° Le cas où le défunt a payé, *donandi animo,* une dette à la décharge d'un de ses successibles.

Dans les deux hypothèses, le *rapport* est ordonné, et il se fait de la même manière : *en nature* ou *en moins prenant* (art. 830); c'est-à-dire, dans les deux cas, ce qui est dû par le successible doit être rétabli dans la masse partageable ou s'impute sur sa part héréditaire, et dans ce dernier cas ses cohéritiers prélèvent chacun une somme égale à celle dont il est débiteur, au lieu d'être simples créanciers de leur successible. C'était une règle si généralement admise par les auteurs du droit coutumier, que, même dans les pays dans lesquels le rapport n'avait pas lieu en ligne collatérale, on pouvait imputer à l'héritier collatéral sur sa portion héréditaire ce qu'il devait à la succession, même au préjudice de ses créanciers dont la créance était antérieure à celle du défunt. (Lebrun, *Successions,* liv. III, chap. VI, sect. II, n°s 2 et 7; Demolombe, XVI, n° 453; Cass. fr., 28 juin 1869, D., 1871, 1, 48.)

Ainsi, par exemple, Pierre, qui a deux frères, doit à la succession paternelle 12,000 francs du chef d'un prêt; la succession présente, outre cette créance, encore un actif de 24,000 francs, en tout 36,000 francs. Pierre ne prend rien; chacun de ses frères prend 12,000 francs. Si le mode de partage se faisait autrement que par voie de rapport, Pierre recueillerait 8,000 francs dans l'actif réel de la succession, et ses deux frères viendraient au marc le franc avec ses autres créanciers pour se faire payer, sur ces 8,000 francs, de leur créance héréditaire.

Le but de ce rapport est de maintenir l'égalité entre les cohéritiers; s'il n'avait pas lieu, le successible débiteur aurait toute sa part en nature, tandis que le lot de ses copartageants consisterait en *partie* en une créance contre lui, laquelle pourrait être compromise par son insolvabilité. De plus, il y a un motif juridique. Si une masse commune, dont un des communistes est débiteur, est à partager, on peut dire qu'il est déjà saisi de toute ou d'une partie de sa portion, qu'il l'a déjà en mains et que les autres, pour établir l'égalité, peuvent en prélever autant.

1550. Si, dans les deux cas indiqués au numéro précédent,

le rapport est dû, les principes qui le règlent ne sont pas les mêmes. Il y a deux différences essentielles :

1° Le successible *donataire* ou *légataire* peut, en *renonçant* à la succession, s'affranchir du rapport et conserver le don ou le legs qui lui a été fait; le *débiteur* ne peut pas se libérer de son obligation en renonçant. S'il renonce, il ne *rapporte* pas, mais il doit *payer* sa dette.

2° Le successible *donataire* ne doit rien aux légataires ni aux créanciers de la succession (art. 857 et *suprà*, n° 1529); le successible *débiteur* peut être poursuivi par eux à raison des sommes qu'il doit à la succession.

De là il suit qu'il peut y avoir grand intérêt à rechercher si le défunt, en payant les dettes d'un de ses successibles, a voulu faire une libéralité ou bien s'il a agi comme *negotiorum gestor* en vue d'une répétition. La loi présume une *libéralité* dans le cas où le défunt a payé les dettes d'un de ses successibles (art. 851); mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire, laquelle peut résulter, par exemple, de ce que le défunt s'est fait subroger aux droits du créancier (art. 1250, 1°).

1551. Il y a controverse sur la question de savoir si le successible doit rapporter les sommes employées à payer ses dettes naturelles ou celles susceptibles d'être rescindées ou annulées, par exemple pour cause de violence, dol, erreur, minorité. Les membres du conseil d'État qui prirent part à la discussion sur ce point ne furent pas d'accord entre eux. Berlier proposa de circonscrire l'action en rapport aux seules dettes *pour le payement desquelles le cohéritier aurait pu être valablement poursuivi en justice* par le créancier remboursé. Cette proposition fut combattue par Treilhard, Tronchet et Bigot-Préameneu. L'article 139 du projet (851 du code) fut adopté sans que la question soulevée fût résolue. (Voy. séance du conseil d'État du 23 nivôse an XI, 13 janvier 1803, n° 11; Locré, p. 128-132.)

Trois opinions divisent les jurisconsultes : les uns se prononcent dans tous les cas *pour*, les autres d'une manière non moins absolue *contre* le rapport; d'après une troisième opinion, la question doit être décidée suivant les circonstances particulières de l'espèce, et le juge doit à cet égard être investi d'un certain pouvoir discrétionnaire.

Il nous semble que le rapport n'est pas dû. Car une dette qui ne peut pas être efficacement poursuivie en justice n'est à la rigueur pas une dette. Le défunt, en la payant, n'a donc pas enrichi le successible en l'affranchissant d'un lien de droit onéreux. De plus, l'article 1573 peut nous servir de guide; la loi y déclare que le rapport n'est pas dû de la dot donnée à la fille par son père lorsque ce dernier pouvait prévoir l'*impossibilité de fait* d'en obtenir le remboursement contre le mari; par la même raison, faut-il se prononcer contre le rapport, lorsque le défunt savait que la dette ne pouvait pas être poursuivie contre le successible, et que, en la payant, il ne lui faisait aucun avantage pécuniaire et ne l'exonérait d'aucune dépense. (Voy. Demolombe, nos 345-349.)

F. *Comment se fait le rapport.*

1552. Le but du rapport est de replacer la succession dans l'état où elle aurait été si les donations n'eussent pas eu lieu. Ce résultat peut être obtenu de deux manières :

1° Par le rapport *en nature*, c'est-à-dire par la remise des biens donnés dans la masse à partager;

2° *En moins prenant*, c'est-à-dire en diminuant la part de l'héritier donataire d'une valeur égale au montant de la libéralité. Cela s'exécute par un prélèvement des autres héritiers (art. 858, 830).

L'obligation de rapporter est *conditionnelle*. Elle se contracte *au moment de la donation*, mais sous la condition *suspensive* que le donataire sera héritier du donateur. Cette condition est accomplie au moment de l'ouverture de la succession, à moins que l'héritier ne renonce (art. 785).

L'obligation est *exécutée* au moment du partage.

L'*objet* de l'obligation de rapporter diffère suivant que les biens donnés sont *immeubles* ou *meubles*.

En droit romain, le rapport (*collatio*) pouvait se faire au choix du successible, ou en nature, par le partage réel des choses rapportées, ou par l'apport d'autres valeurs mobilières ou immobilières à la masse partageable, ou en moins prenant. (Fr. 1, §§ 11, 12, D., *De collatione*, 37, 6; l. 5, C., *De collat.*, 6, 20.)

1° DU RAPPORT DES IMMEUBLES (art. 859-867).

1553. Le rapport des immeubles doit se faire *en nature;* l'obligation du successible a donc pour objet un corps *certain et déterminé*, une *species* (art. 859).

L'article 306 de la coutume d'Orléans, qui, suivant Pothier, devait servir de droit commun en cette matière, résume en ces termes les principes sur le rapport reproduits par le code :

« Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui don-
« nés en sa possession, il est tenu de les rapporter *en essence*
« *et espèce*, ou moins prendre en autres héritages de la succes-
« sion de pareille valeur et bonté. Et faisant ledit rapport en
« espèces, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses
« utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation des-
« dits héritages. Et si lesdits cohéritiers ne veulent rembourser,
« est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu
« égard au temps que division et partage est fait entre eux,
« déduction faite desdites impenses. »

Une disposition analogue se trouve déjà dans De Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis, chap. XVI, n°s 13 à 15. (Voy *suprà*, n° 1513.)

Cette règle a pour but d'établir entre les cohéritiers une égalité parfaite, qui ne se ferait pas si l'un pouvait conserver de bons héritages pendant que les autres n'auraient que de l'argent ou des effets mobiliers. (Pothier, *Successions*, chap. IV, art. II, § 7.)

1554. Dans deux cas, le rapport peut se faire *en moins prenant :*

1° S'il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers (art. 859). Alors ces derniers n'ont pas d'intérêt à exiger le rapport en nature; l'égalité existe. La loi n'exige pas qu'elle soit *parfaite;* il suffit qu'elle soit établie approximativement, *à peu près*, comme le disait déjà Pothier. Dans ce cas, le rapport en moins prenant est facultatif; le donataire peut aussi rapporter en nature.

2° Lorsque l'immeuble donné a été aliéné par le donataire *avant* l'ouverture de la succession (art. 859, 860).

A la rigueur, le successible n'avait sur l'immeuble qu'un droit résoluble, subordonné à la condition résolutoire de devenir héritier (nº 1552); en vertu du principe de la rétroactivité de la condition résolutoire, l'aliénation aurait pu être attaquée; mais la loi a dérogé à ce principe; elle a préféré la certitude et la stabilité de la propriété, et la sécurité de la circulation des biens pour le tiers acquéreur à l'intérêt des cohéritiers, lequel peut, d'ailleurs, être suffisamment garanti par le rapport en moins prenant. Le droit des tiers a paru mériter d'autant plus d'intérêt, qu'en définitive le rapport aurait pu être empêché par la volonté du donateur s'il en avait dispensé, et par la volonté du donataire lui-même en renonçant à la succession. Les tiers acquéreurs ne pourraient pas même être attaqués dans le cas où la valeur de l'immeuble aliéné excéderait la part héréditaire du donataire. Mais si elle excédait la quotité disponible, il en serait autrement; alors il y aurait lieu à réduction (art. 930).

Cette règle était déjà observée dans l'ancien droit, probablement aussi plutôt pour des raisons d'utilité (*utilitatis causâ*) que pour des motifs juridiques. C'est ce qui résulte de l'explication donnée par Pothier en ces termes : « Les cohéritiers n'ont aucune action contre les tiers acquéreurs; ces cohéritiers, qui viennent à la succession d'un père commun, d'une mère commune, doivent se contenter de précompter à leur cohéritier la valeur de l'héritage qu'il a aliéné plutôt que de l'exposer à des recours de garantie, en agissant contre l'acquéreur qui a acquis de lui; *res non sunt amare tractandæ inter personas conjunctas.* »

1555. Le rapport de l'immeuble se fait encore en moins prenant dans les deux cas suivants qui ne sont pas formellement prévus par la loi, mais qui sont des applications des principes généraux :

1° Lorsque l'immeuble a péri par la faute du donataire ou de ses ayants cause; alors le rapport en nature est impossible, et l'héritier en doit l'équivalent à titre de dommages-intérêts (art. 1147 et 1149);

2° Si telle a été la volonté du défunt. (Voy. *suprà*, nº 1519.) Cette volonté peut être formulée de deux manières différentes :

a. Le défunt a pu disposer que l'immeuble ne serait dans

aucun cas rapporté en nature, mais que le successible payerait à la succession une *somme déterminée*. Alors le cas doit être assimilé au rapport de meubles, ou plutôt d'une somme d'argent. Cette intention du défunt peut s'induire des termes de l'acte de donation. (Grenoble, 23 janv. 1875, D., 1877, 2, 206.)

b. Ou bien, en *donnant l'immeuble*, le défunt a pu accorder au successible la *faculté* de le retenir en payant à la succession la valeur ou une somme déterminée. Alors le rapport est régi par les règles sur les obligations facultatives.

1556. De l'effet du rapport en nature.

La dette ayant pour objet un corps certain et déterminé, il s'ensuit que « l'immeuble qui a péri *par cas fortuit* et sans la faute du donataire n'est pas sujet à rapport » (art. 855, 1148, 1302). Si la perte était partielle, la partie encore restante serait soumise au rapport; par exemple, un bâtiment a été donné, il a été détruit par un incendie; il faut rapporter le sol et les débris sauvés.

1557. « Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de toutes charges créées par le donataire; mais les créanciers ayant hypothèque peuvent intervenir au partage pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits » (art. 865 comparé avec les art. 882 et 1179).

Cette disposition est une conséquence de l'effet de la *condition résolutoire* sous laquelle l'immeuble a été donné; elle est donc *conforme* aux principes généraux qui règlent ces conditions, principes auxquels le législateur a dérogé en ne permettant pas d'attaquer les *aliénations*. (*Suprà*, n° 1554, 2°.)

C'est évidemment une inconséquence qu'il est difficile d'expliquer, mais qui existait déjà dans l'ancien droit. « Le rapport a lieu », disait Tronchet (au conseil d'État), « par cela seul qu'il est une *condition* de la donation, et indépendamment de toute hypothèque légale. Cette condition modifie toujours implicitement la donation quand elle n'a pas été formellement exclue, et elle rend la propriété du donataire éventuelle. La seule difficulté qui reste consiste à savoir si elle permet de distinguer *entre la vente et l'hypothèque*. Mais, depuis un temps immémorial, il est reçu que, quoique le donataire puisse aliéner, il ne peut cepen-

dant pas hypothéquer. Cette distinction est fondée sur ce que la loi a pu se reposer sur l'affection paternelle du soin de conserver la légitime aux enfants. La même raison de confiance n'existe pas pour l'hypothèque de la chose donnée ; car alors ce n'est plus le donateur, c'est le donataire qui dispose. » (Séance du 23 nivôse an XI (13 janvier 1803), n° 16, Locré, p. 136.)

Si le discours de Tronchet n'a pas été mutilé ou altéré par le rédacteur du procès-verbal du conseil d'État, il faut convenir qu'il est très-obscur et incohérent.

M. Demolombe avoue qu'il n'est pas facile de fournir une explication rigoureuse de l'inconséquence que nous signalons (t. XVI, n° 512), et toutes celles qui ont été essayées sont insuffisantes. Inclinons-nous devant le texte de la loi, en disant avec le jurisconsulte romain : *Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.*

Au reste, au conseil d'Etat même, la disposition de l'article 865 rencontra de l'opposition ; elle fut fortement combattue par Portalis et Bérenger.

1558. L'immeuble rentre dans la succession franc et quitte non-seulement des hypothèques, mais de toutes charges réelles quelconques, telles que servitudes, usufruits, usages, emphytéose et superficie, dont le donataire l'a grevé.

Mais si, par suite du partage, l'immeuble donné tombe dans le lot du cohéritier qui l'a rapporté, toutes les charges par lui imposées sont maintenues (arg. art. 883 et 865 à la fin).

1559. Effets du rapport en moins prenant.

Dans les divers cas où le rapport se fait en moins prenant, à l'exception de celui mentionné au n° 1555 *a*, l'obligation a toujours pour *objet direct* l'immeuble même, et elle ne se transforme pas en une obligation de payer une somme d'argent. C'est à ce point de vue qu'il faut juger *les effets* de l'obligation du donataire. Ainsi, par exemple, si au moment de l'ouverture de la succession, l'immeuble avait péri par cas fortuit entre les mains du tiers acquéreur, le donataire serait libéré et ne devrait pas même le prix reçu. De même pour fixer la valeur de l'immeuble, et, par conséquent, le montant de la somme à prendre en moins, il faut tenir compte des impenses ainsi que des dégradations et détériorations conformément aux articles 861 à 863, qui vont être expli-

qués au n° 1560 et suiv. Par les mots : *Dans tous les cas*, l'article 861 veut dire que les règles qui sont énoncées jusqu'à l'article 863 s'appliquent au rapport en nature comme au rapport en moins prenant.

1560. De quelque manière que s'opère le rapport, la succession doit être remise au même état que si le bien donné était resté entre les mains du défunt. Le partage se fait sur ce pied. De là découlent les conséquences suivantes, en cas de changement de la valeur de l'immeuble. Il faut distinguer :

A. Les changements sont arrivés sans la faute et le fait de l'héritier. Il faut distinguer encore :

1° L'immeuble est rapporté *en nature ;* la succession supporte toutes les détériorations et profite de toutes les améliorations arrivées jusqu'au moment du partage. Car la succession est devenue rétroactivement propriétaire de l'immeuble, et tous les événements de cas fortuit sont pour son compte jusqu'au moment où, par le partage, l'immeuble devient la propriété d'un des copartageants.

2° L'immeuble a été *aliéné*. Il faut distinguer :

a. L'aliénation a été *forcée*, par exemple, par expropriation pour cause d'utilité publique ou pour sortir d'indivision ; l'héritier doit rapporter la *somme reçue*, peu importe qu'elle soit plus forte ou moins forte que la valeur de l'immeuble. Car cette aliénation, indépendante de la volonté du successible, doit être considérée comme un cas fortuit. (Toulouse, 5 août 1875, et Cass. fr., 17 mai 1876, D., 1876, 2, 53; 1, 498.)

b. L'aliénation a été *volontaire*. Le rapport est dû de la valeur de l'immeuble à l'*époque de l'ouverture de la succession* (art. 860). Car la succession doit recevoir ce qu'elle aurait eu si la vente n'avait pas eu lieu et que le rapport eût été fait en nature. L'aliénation consentie par l'héritier ne doit ni profiter ni nuire à la succession. Par l'ouverture de la succession, l'obligation de l'héritier est fixée, et la condition résolutoire de la propriété est accomplie ; seulement, si la chose donnée a été aliénée, il doit rapporter en moins prenant, et la somme qu'il doit prendre en moins est invariablement fixée dès l'ouverture de la succession.

Donc le changement que peut subir l'immeuble après l'ouverture de la succession est indifférent pour l'obligation de rapport.

1561. *B.* Les changements sont arrivés par le fait de l'héritier ou par le fait de l'acquéreur de l'immeuble aliéné.

L'héritier doit rapporter ce qu'il a reçu, mais il ne doit rapporter que ce qu'il a reçu. La base de la fixation de la valeur est le temps du partage. Si à ce moment l'immeuble a une valeur plus grande par les impenses faites par l'héritier ou par le tiers acquéreur, ces impenses doivent être déduites ou être remboursées à l'héritier. Toutefois, il faut faire une distinction :

1° Quant aux impenses *nécessaires* qu'il a faites pour la conservation de la chose, il doit en être tenu compte au donataire, encore qu'elles n'aient point amélioré le fonds (art. 862).

2° Il doit être tenu compte au donataire des impenses *utiles*, c'est-à-dire qui ont *amélioré* la chose, eu égard à ce dont la valeur se trouve augmentée *au temps du partage* (art. 861).

3° En ce qui concerne les dépenses *voluptuaires* ou d'*agrément*, la loi n'en dit rien; mais il faut suivre à cet égard la règle générale ; le donataire a le droit de les enlever, si cela se peut, sans causer un dommage au fonds.

4° Les *dépenses d'entretien*, qui sont ordinairement charges des fruits, ne sont pas remboursées au donataire.

La loi donne au cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble une garantie pour ses impenses; il peut en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations (art. 867).

Si la valeur de l'immeuble est diminuée par le fait ou la faute de l'héritier donataire, il doit tenir compte à la succession des dégradations et détériorations qui ont causé cette diminution, c'est-à-dire, il doit ajouter à l'immeuble rapporté une somme correspondante à ces détériorations (art. 863).

Les sommes dues au donataire pour impenses et celles qu'il doit pour dégradations ou détériorations portent intérêt de plein droit à compter de l'ouverture de la succession (arg. art. 856).

Dans le cas où l'immeuble a été aliéné par le donataire, les améliorations ou dégradations faites par l'acquéreur doivent être imputées de la même manière (art. 864); mais il est évident que dans ce cas le compte des améliorations et détériorations reste complétement étranger au tiers possesseur et ne concerne que les rapports du donataire et de ses cohéritiers.

1562. Dans l'ancien droit, on se référait dans tous les cas au *temps du partage* pour fixer la valeur de l'immeuble à rapporter, la plus-value résultant des améliorations et la moins-value causée par les dégradations. (Voy. Pothier, *Successions*, chap. IV, article II, § 7.) L'article 861 établit le même principe. Mais l'article 860 dit que si le donataire a aliéné l'immeuble, le rapport est dû de la valeur de cet immeuble *à l'époque de l'ouverture de la succession*. Les travaux préparatoires du code ne nous fournissent pas l'explication de ce changement. L'article 181 du projet primitif (correspondant à l'art. 860 du code civil) portait : « Le rapport n'a lieu qu'en moins prenant toutes les fois que le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession. » Il ne dérogeait donc pas à l'ancien droit. L'article 182 du projet était le même que l'article 861 du code. Nous lisons dans les procès-verbaux du conseil d'Etat : « Le conseil adopte, en principe, que lorsque l'immeuble *aura été aliéné*, le donataire en rapportera la valeur estimée au temps de l'ouverture de la succession. L'article est renvoyé à la section. » (Séance du 23 nivôse an XI, n° 14, Locré, p. 133.)

L'article 860 est sorti de la section tel qu'il se trouve au code.

Quelques auteurs sont d'avis qu'il faut adopter le même principe et s'arrêter à la même époque, et non à celle du partage pour la fixation de la plus-value résultant des impenses utiles, et que les mots *au temps du partage* ne sont restés dans l'article 861 que par inadvertance.

Mais il est difficile d'admettre ici une inadvertance, dans une matière qui a fait l'objet d'une discussion et d'un renvoi à la section de législation, et il serait arbitraire de s'écarter du texte clair du code. On peut ne pas reconnaître des motifs rationnels de l'innovation du code, mais on ne saurait en nier l'existence. (Voy. Demolombe, n° 517.)

1563. L'article 866 prévoit un cas spécial qui présente plutôt une question de *réserve* et de *réduction* qu'une question de rapport, puisqu'il suppose que le don d'un immeuble a été fait à un successible *avec dispense de rapport*, mais qu'il excède la quotité disponible. En voici le texte :

« Lorsque le don d'un immeuble fait à un successible avec dispense du rapport excède la portion disponible, le rapport de

l'excédant se fait en nature, si le retranchement de cet excédant peut s'opérer commodément. — Dans le cas contraire, si l'excédant est de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la valeur de la portion disponible : si cette portion excède la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre, et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement. » Par exemple, la quotité disponible est de 25,000 fr. : un bloc de terre de 40 hectares, valant 40,000 fr., a été donné; le donataire remettra dans la succession 15 hectares chacun de 1,000 fr., qui peuvent être commodément retranchés. C'est la première hypothèse de l'article.

Ou bien, une maison valant 40,000 francs a été donnée; la quotité disponible n'est que de 15,000 francs; le retranchement de ce qui excède la quotité disponible ne peut s'opérer; le donataire rapportera la maison même, mais il prélèvera 15,000 francs sur la masse. C'est le deuxième cas prévu par l'article.

Enfin la quotité disponible est de 25,000 francs; la maison donnée vaut 40,000 francs; le donataire retiendra l'immeuble, mais il prendra 15,000 francs de moins dans la succession. C'est la troisième hypothèse.

2. DU RAPPORT DU MOBILIER.

1564. En principe, le rapport des effets mobiliers de toute espèce se fait *en moins prenant*. Le donataire en devient propriétaire incommutable et est obligé à en rapporter la *valeur*. Cette règle a pour motif d'abord l'impossibilité physique du rapport en nature en ce qui concerne les meubles qui se *consomment* par l'usage que l'on en fait, par exemple les grains, les vins, les liqueurs, etc. ; ensuite la nécessité de la circulation rapide des meubles et la difficulté de les suivre entre les mains des tiers (art. 2279). De plus, les meubles qui ne se consomment pas se détériorent facilement par l'usage, et il est juste que l'héritier qui a profité de cet usage en rapporte la valeur. Les meubles sont donc aux risques et périls du donataire, dont l'obligation de rapporter a pour objet une somme d'argent, donc un *genus*. (Séance du conseil d'État du 23 nivôse an XI, n° 18, Locré, p. 137.)

1565. Il faut examiner spécialement trois cas :

1° Le don de meubles *corporels*. C'est à ce don que s'applique l'article 868, portant : « Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant. Il se fait sur le pied de la valeur du mobilier *lors de la donation*, d'après l'état estimatif annexé à l'acte ; et, à défaut de cet état, d'après une estimation par experts, à juste prix et sans crue. »

Il n'y a pas de contradiction entre cette disposition et l'article 948, d'après lequel tout acte de donation d'effets mobiliers n'est valable que s'il y a été annexé un état estimatif de ces effets. Cet article s'applique au cas où le donateur a *conservé la possession* des effets donnés. Mais la donation d'objets mobiliers, même non accompagnée d'un état estimatif, est *valable* lorsqu'elle a été effectuée par la remise ou tradition des meubles (*don manuel.*) (Voy. *infrà* au titre des *Donations*). Dans ce cas l'estimation, en vue du rapport, doit être faite par experts. Il en serait encore de même si l'état estimatif qui avait été dressé lors de la donation était perdu.

Sur la *crue*, voy. *suprà*, n° 729.

Il existe une différence entre le rapport en moins prenant des meubles et le rapport en moins prenant d'un immeuble aliéné par le donataire : le premier se fait sur le pied de la valeur *lors de la donation*, le second sur le pied de sa valeur à l'époque de l'*ouverture de la succession* (art. 860 et *suprà*, n° 1562).

1566. 2° Du don de *meubles incorporels*, tels que rentes sur l'État, créances sur des particuliers et autres valeurs semblables. Il y a controverse sur le point de savoir si l'article 868 est applicable à ces donations. Quelques auteurs se prononcent pour l'applicabilité de cet article ; d'autres soutiennent, au contraire, que les meubles incorporels doivent être rapportés en nature, ou tout au moins sur le pied de la valeur au moment de l'ouverture de la succession. Ces derniers se fondent sur ce que le mot *mobilier* dans cet article n'a pas le sens général défini par l'article 535, ce qui serait prouvé par l'article 869 qui contient une disposition spéciale sur l'*argent comptant ;* que l'état estimatif ne s'applique qu'aux meubles corporels ; qu'il serait même souvent difficile d'estimer la valeur des créances sur particuliers au moment de la donation ; que les motifs qui ont dicté l'article 868 ne

s'appliquent pas aux choses incorporelles, puisqu'elles ne se consomment ni ne se détériorent par l'usage. Enfin on invoque les articles 1567 et 1568 du code. (Duranton, t. VII, n° 413; Marcadé, sur l'art. 868, n° II.)

Malgré ces raisons, qui ne sont pas sans valeur, il faut admettre l'opinion contraire. Car elle est conforme au texte de la loi, et s'il est vrai que le code lui-même s'écarte quelquefois de la terminologie énoncée dans les articles 533-535, le mot *mobilier* dans l'article 868, où il forme l'antithèse des *immeubles*, doit, pour cela même, être pris dans le sens le plus général, et désigne tout ce qui n'est pas immeuble ; que le motif tiré de la nécessité de la rapidité de la circulation s'applique aux meubles incorporels ; qu'il est facile de déterminer la valeur au moment de la donation de beaucoup de ces meubles, par exemple des fonds publics par le cours de la Bourse ; que les articles 1567 et 1568 sont tout à fait inapplicables à notre question, parce qu'ils supposent que le mari a reçu en dot, non pas une créance, mais simplement la jouissance d'une rente ou un usufruit. (Rau et Aubry sur Zachariæ, § 634, 1° (édit. belge, p. 491, note 6); Mourlon, II, p. 179; Demolombe, n° 547.)

Il est évident que si la créance était conditionnelle ou à terme, elle devrait être estimée à sa valeur au moment de l'exigibilité.

1567. « 3° Le rapport de l'*argent* donné se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession. — En cas d'insuffisance, le donataire peut se dispenser de rapporter du numéraire, en abandonnant, jusqu'à due concurrence, du mobilier, et, à défaut de mobilier, des immeubles de la succession (art. 869). » Il faut appliquer cette disposition aussi au donataire d'autres effets mobiliers, parce qu'il doit être considéré comme débiteur d'une somme d'argent, son rapport ne s'exerçant qu'en moins prenant.

Il est rationnel d'admettre que, dans les deux dernières hypothèses prévues par l'article 869, le donataire peut, s'il le préfère, verser dans la masse une somme égale à celle qu'il a reçue.

G. *Du rapport des legs.*

1568. L'article 843 porte que l'héritier venant à une succession *ne peut réclamer les legs à lui faits par le défunt*, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput et hors

part, ou avec dispense du rapport. Cette règle s'applique aux legs à titre universel comme aux legs à titre particulier.

Mais les auteurs sont en désaccord sur la manière dont il faut entendre cette disposition. Trois opinions ont été émises :

1° Le rapport des legs se fait en laissant dans la masse héréditaire les objets légués, tout comme si la disposition testamentaire qui renferme ces legs n'existait pas. Cette opinion est une application rigoureuse du texte de la loi et de l'ancien adage : *On ne peut être héritier et légataire.* (Voy. *suprà*, nos 1512, 1514.) Elle est professée par Chabot, art. 843, n° 10 ; Duranton, t. VII, n° 214; Zachariæ, § 633.

2° L'héritier a toujours le droit de demander que la chose léguée *en nature* soit comprise dans son lot, sauf à en imputer *la valeur* sur sa portion héréditaire. Le legs a eu pour but moins la *quantité* que la *qualité* de la chose léguée. Cette opinion se fonde sur l'intention probable du testateur, et dès lors du législateur lui-même ; sur ce qu'il faut toujours donner autant que possible un effet aux dispositions de dernière volonté ; que la disposition serait sans effet si la chose léguée devait rester dans la masse partageable ; que l'on ne peut pas supposer que le défunt, en donnant à son héritier un legs de peu d'importance, ait voulu le placer dans l'alternative de renoncer à la succession pour garder le legs. (Troplong, *Donations et testaments,* n° 881.)

3° Il faut distinguer : dans tous les cas où le rapport peut se faire *en moins prenant,* l'héritier peut réclamer la chose léguée en nature, en en précomptant la valeur sur sa part héréditaire ; mais dans les cas où le rapport doit se faire *en nature,* l'héritier ne peut pas réclamer la chose léguée.

Cette opinion nous paraît la plus rationnelle et la plus conforme à la loi. Le but de l'article 843 est l'égalité entre les cohéritiers, non pas l'égalité *matérielle*, mais l'égalité des *valeurs* que chacun doit recevoir. Il ne faut pas séparer cet article des autres dispositions de cette section. Or, tout en disant dans l'article 843 que l'héritier ne peut *réclamer le legs,* le législateur a, dans les articles suivants, appliqué les principes sur le rapport aussi bien aux *legs* qu'aux donations entre-vifs ; il faut donc appliquer aussi aux legs les règles sur la manière dont se fait le rapport, en nature ou en moins prenant.

Il suit de là que l'héritier légataire peut toujours, par application de l'article 868, réclamer le legs d'effets mobiliers, et que, par application de l'article 859, il peut demander què l'immeuble à lui légué soit compris dans son lot, lorsqu'il y a dans la succession d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers. (Demolombe, n° 303.)

SECTION III.

DU PAYEMENT DES DETTES (art. 870-882).

1569. Dans cette section, nous aurons à traiter de quatre matières qui se rattachent au payement des dettes de la succession, savoir :

I. De l'étendue de l'obligation des successeurs en ce qui concerne les dettes héréditaires;

II. De l'effet que les titres exécutoires ont contre les héritiers ;

III. De la séparation des patrimoines;

IV. De l'intervention des créanciers des héritiers dans le partage.

I. DE L'ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DES SUCCESSEURS EN CE QUI CONCERNE LES DETTES HÉRÉDITAIRES.

A. *Introduction historique.*

1570. D'après le droit romain, l'*héritier* était tenu, même sur ses biens personnels et *ultra vires*, de toutes les dettes de la succession et des legs, à moins qu'il n'eût accepté sous bénéfice d'inventaire. (Voy. *suprà*, nos 1437 et suiv.) S'il y avait plusieurs héritiers, chacun était obligé en proportion de sa portion héréditaire.

Les *légataires*, qui étaient des successeurs à titre *particulier*, n'étaient pas tenus des dettes de la succession, pas même le légataire d'une *quote-part* de la succession (*legatarius partitionis*), dont la position offre quelque analogie avec celle de l'héritier et

du légataire à titre universel du droit moderne. Car il était considéré moins comme un successeur dans l'universalité du patrimoine (actif et passif, *in universum jus quod defunctus habuit*) du défunt que comme un successeur à titre particulier dans une quote-part de l'actif qui restait après déduction des dettes de la succession; l'héritier avait même la faculté de lui en payer l'*estimation*, au lieu de payer cette quote-part en nature (§ 5, J., *De fideicommissariis hæreditatibus*, 2, 23; fr. 26, § 2, fr. 27, D., *De legatis*, I (30); fr. 32, § 8, D., *De usu et usufructu*, 33, 2).

Lorsque les fidéicommis furent déclarés valables comme les legs, l'héritier, alors même qu'il avait restitué au fidéicommissaire un fidéicommis (ou legs) universel, continuait d'être héritier en vertu du principe *semel hæres semper hæres*, et en cette qualité il pouvait toujours être poursuivi par les créanciers de la succession. Mais, plus tard, le sénatus-consulte Trébellien, rendu sous l'empereur Néron, l'an 60 de notre ère, ordonna que lorsque l'héritier avait restitué un *fidéicommis universel*, c'est-à-dire la totalité de la succession au fidéicommissaire, ce dernier serait *hæredis loco* et pourrait être poursuivi par les créanciers à raison des dettes héréditaires : § 4, J., *De fideicommissariis hæred.*, 2, 23 : « *Ut si hæreditas ex fideicommissi causâ restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi, et in hæredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod senatusconsultum Prætor utiles actiones ei, et in eum qui recepit hæreditatem, quasi hæredi, et in hæredem dare cæpit.* » L. 2, C., *ad senat. Trebell.*, 6, 49.

Cette règle n'était pas appliquée au cas où l'héritier restituait la succession en retenant la *quarta Falcidia* en vertu du sénatus-consulte Pégasien publié sous l'empereur Vespasien; il conservait vis-à-vis des créanciers la qualité d'héritier pour le tout.

Après la fusion des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien, et l'assimilation complète des legs aux fidéicommis par Justinien, l'héritier et le légataire ou le fidéicommissaire universel ou à titre universel étaient tenus des dettes de la succession et des legs à titre particulier chacun pour la quote-part qu'il prenait dans la succession, et ils ne pouvaient être poursuivis au delà de cette part. (L. 7, § 1, C., *ad senatuscons. Trebell.*, 6, 49;

l. 2, C., *Communia de legatis*, 6, 43; §§ 7 et 8, J., *De fideicom. hæred.*, 2, 23. Nov. 1, cap. 2, § 2.)

1571. D'autres règles étaient suivies en droit coutumier. Nous les résumerons succinctement d'après l'exposé de Pothier au traité *des Successions*, chapitre V.

1° *En principe*, les personnes qui sont tenues des dettes et charges de la succession, et qui y contribuent, sont les héritiers, les légataires et les donataires universels et tous les successeurs universels quels qu'ils soient, par exemple le roi ou le seigneur, qui succèdent par droit de confiscation, de bâtardise, de déshérence ou d'aubaine, ou le monastère qui succède au pécule de son religieux.

Les héritiers sont tenus *indéfiniment* et *ultra vires*, sauf le bénéfice d'inventaire, pour la part pour laquelle ils sont héritiers. Lorsque quelqu'un laisse différents héritiers à différentes espèces de biens, par exemple les uns aux propres, les autres au mobilier et aux acquêts (voy. *suprà*, n° 1247), comme tous succèdent à la personne du défunt et la représentent, ils succèdent tous aux obligations du défunt, et *on ne considère ni la cause ni l'origine des dettes* pour en répartir le payement entre les différents héritiers. Cette règle souffre exception d'après quelques coutumes, par exemple celles de Blois, de Tours, d'après lesquelles celui qui succède au mobilier est seul chargé des dettes mobilières, afin de conserver, autant que possible, les héritages dans les familles. Il paraît que ces coutumes sont des restes de l'ancien droit, d'après lequel la règle considérée comme exceptionnelle du temps de Pothier, et déjà longtemps avant lui, était le droit commun : les dettes étaient toujours payées d'abord sur le mobilier, puis sur les acquêts, et subsidiairement sur les propres.

Le *donataire* universel ou à titre universel des biens que le défunt laissera à son décès est tenu de toutes les *dettes* existant au décès; mais il n'est pas tenu des legs.

Les légataires universels ou à titre universel sont tenus, pour la part dont ils sont légataires, tant des legs que des dettes et charges de la succession.

Les légataires à titre particulier ne sont pas grevés des dettes de la succession.

Les successeurs *autres* que les héritiers, c'est-à-dire les donataires, les légataires, le roi, le seigneur ou le monastère, succédant *aux biens* plutôt qu'à la personne du défunt, ne sont tenus aux dettes que jusqu'*à concurrence des biens qu'ils ont recueillis*, pourvu qu'ils en aient fait constater la quantité par un inventaire ou quelque autre acte équivalent; autrement ils en sont tenus indéfiniment, pour ne pas avoir empêché la confusion.

1572. 2° Quant à l'*étendue* de l'obligation des différents successeurs envers les créanciers, on distingue :

A. L'*héritier* est tenu comme successeur de la *personne* même du défunt, et non-seulement comme successeur aux biens :

a. De toutes les dettes de la succession, même au delà de la valeur des biens, sauf le bénéfice d'inventaire. S'il y a plusieurs héritiers, chacun est tenu pour la partie des dettes *pour laquelle il est héritier*, et non-seulement pour la part *qu'il* aura dans le partage de la succession. Il en est encore ainsi lorsqu'il y a des donataires ou des légataires universels ou à titre universel ; les créanciers peuvent toujours poursuivre l'héritier unique pour le tout, ou plusieurs héritiers chacun pour sa part héréditaire, sauf le recours de ceux-ci contre les légataires et les donataires pour la portion qu'ils doivent supporter. Ainsi, par exemple, quelqu'un a laissé deux héritiers, et a institué un étranger légataire d'un tiers de ses biens ; ces deux héritiers sont tenus des dettes de la succession chacun pour moitié, sauf leur recours pour un tiers contre le légataire.

Ce principe est le même lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, par exemple un héritier aux meubles et acquêts, un autre aux propres maternels, un autre aux propres paternels ; chacun succède dans la proportion de la valeur de ses biens à la valeur de la totalité de la succession. Cette proportion doit être établie par une ventilation, qui ne peut se faire qu'après une estimation de tous les biens de la succession. En attendant que cette ventilation se fasse, et pour ne pas contraindre les créanciers à suspendre trop longtemps l'exercice de leurs droits, chacun des héritiers peut être poursuivi pour sa *portion virile*, sauf leur recours réciproque, s'il y a lieu, après la ventilation.

b. Quant aux *legs*, l'héritier n'en est pas tenu *ultrà vires*, mais

seulement jusqu'à concurrence des biens *disponibles* qu'il a recueillis, déduction faite de la réserve, et il peut s'en libérer en abandonnant ces biens disponibles à tous les légataires. Car le testateur n'avait le pouvoir de faire des legs que jusqu'à concurrence des biens disponibles; ils ne sont donc pas valables au delà ; mais le défunt a pu contracter autant de dettes qu'il a voulu.

B. Les *autres successeurs* ne succédant qu'aux biens ne sont tenus des dettes de la succession et des legs que jusqu'à concurrence des biens qu'ils ont recueillis (voy. le numéro précédent), et ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes et des legs.

Mais, dans ces limites, ils sont tenus des dettes dans la proportion dans laquelle ils succèdent; par exemple, le légataire de la moitié des biens est tenu de la moitié des dettes. Si le légataire universel se trouvait en concours avec un héritier légitimaire, celui-ci serait tenu des dettes jusqu'à concurrence de la portion de la réserve, et le légataire universel serait tenu jusqu'à concurrence de l'autre partie de la succession.

Les créanciers de la succession et les légataires ont une action personnelle contre chacun des héritiers pour sa part héréditaire, et contre chacun des autres successeurs universels pour la part que chacun d'eux a dans les biens de la succession.

B. *Législation du code.*

1573. Dans un intérêt de méthode, nous exposerons d'abord succinctement les règles sur cette matière, comme nous les comprenons, et puis nous les justifierons en discutant les controverses qui s'y rattachent.

1574. Il faut distinguer deux ordres d'idées différents : 1° l'*obligation envers les créanciers de payer* les dettes et charges de la succession, ou la manière dont chaque successeur est tenu envers les créanciers et peut être poursuivi par eux ; 2° la *contribution aux dettes*, ou la manière de régler la portion des dettes que chaque successeur doit supporter en définitive dans ses rapports avec ses cosuccesseurs.

Cette distinction est encore nécessaire aujourd'hui comme

autrefois; elle résulte de la nature des choses, et le code la fait expressément. Reste à savoir si elle doit encore être faite, comme autrefois, dans son application aux héritiers légitimes, d'une part, et aux donataires, légataires et autres successeurs universels ou à titre universel, d'autre part. C'est ce que nous examinerons *infrà*, aux numéros 1598 et 1599.

1. DE L'OBLIGATION DE PAYER LES DETTES OU DES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES SUCCESSEURS ET LES CRÉANCIERS DE LA SUCCESSION.

1575. Le passif de la succession comprend :

1° Toutes les dettes contractées par le défunt et qui sont transmises à ses successeurs. Les dettes exclusivement personnelles et qui se sont éteintes par sa mort n'y sont pas comprises.

2° Les dettes qui n'ont jamais été dues par le défunt et qui n'ont pris naissance qu'après sa mort; tels sont les frais funéraires du défunt, les frais faits pour la conservation, la liquidation et le partage de la succession, tels que frais de scellés, de gardiennat, d'inventaire, d'expertise et de vente des biens de la succession. (Pothier, *Successions*, chap. V, art. 1.)

Les legs aussi sont des *charges* de la succession; mais nous traiterons des règles relatives à l'obligation de payer les legs, au titre *des Donations et des Testaments*.

1576. *Première règle.* S'il n'y a qu'un seul héritier, il est seul tenu de toutes les dettes de la succession.

S'il y a plusieurs héritiers, les dettes se divisent de plein droit entre eux depuis le jour de l'ouverture de l'hérédité. Chaque héritier est tenu des dettes et charges de la succession proportionnellement à la part qu'il y prend (art. 873, 1220). Il en est de même des légataires, donataires et autres successeurs à titre universel.

La division porte sur chacune des dettes, comme sur chacune des créances dont la succession se compose.

Cette règle s'applique non-seulement aux héritiers qui succèdent par tête, mais aussi aux héritiers d'une seule et même souche; aux héritiers bénéficiaires comme aux héritiers purs et simples, ainsi qu'à ceux auxquels un héritier a *transmis* la succession (voy. art. 781 et *suprà*, n°s 1383 et 1384).

1577. Nous ferons de cette règle l'application aux divers cas qui peuvent se présenter, savoir : *A*. au concours de plusieurs héritiers; *B*. au concours d'héritiers légitimes avec des légataires, donataires ou autres successeurs à titre universel; *C*. au concours de divers successeurs à titre universel entre eux, sans qu'il y ait des héritiers.

1578. *A*. Il y a plusieurs héritiers. Distinguez :

1° Ils sont appelés à succéder par portions *égales*; chacun est tenu des dettes par tête ou pour sa part et portion virile, ou dans la proportion de ce qu'il prend *en qualité d'héritier* (art. 870, 873, 1220).

2° S'ils sont appelés à succéder par des portions *inégales*, chacun est tenu pour sa *part héréditaire* (art. 1220). Il est vrai que l'article 873 dit d'une manière générale que « les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part et *portion virile* ». Que les auteurs du code aient entendu par portion *virile* la portion *héréditaire*, comme ils l'ont fait, par exemple, dans l'article 1475, ou qu'ils aient reproduit par inadvertance la règle que l'ancien droit admettait dans l'hypothèse où il y avait différents héritiers à différentes espèces de biens (meubles, acquêts et propres, voy. *suprà*, n° 1572), peu importe; les héritiers ne sont jamais tenus que dans la proportion de leur part héréditaire; l'article 1220 est formel, et la doctrine et la jurisprudence le reconnaissent.

Toutefois la règle de l'article 873, portant que les héritiers sont tenus pour leur *part et portion virile*, pourrait encore trouver son application littérale dans les cas qui rappellent l'ancien droit et dans lesquels la loi a encore considéré l'*origine* des biens pour en régler la succession : ce sont les divers cas de *retour successoral* (art. 351, 352, 747, 766 et *suprà*, n°s 1325-1336). Le retour est une succession à titre universel ; celui qui l'exerce est tenu des dettes de la succession en proportion de la valeur des objets qui y sont soumis à la valeur de la succession. Provisoirement, et en attendant que cette proportion soit établie, l'héritier qui exerce le droit de retour peut être poursuivi pour sa *part virile*, mais, même dans ce cas, les héritiers ordinaires ne sont tenus que pour leur part héréditaire; par exemple, le défunt avait reçu d'un de ses ascendants le don d'un immeuble; il laisse pour héri-

tiers son père et deux frères; l'ascendant exerce le retour, il y a donc quatre héritiers. L'ascendant peut être poursuivi pour sa part virile, c'est-à-dire pour un *quart* des dettes, tant que la valeur de l'immeuble et l'importance de la succession ne seront pas constatées; le père pourra être poursuivi pour sa part héréditaire, c'est-à-dire pour un quart des trois quarts restants (soit pour 3/16) et chacun des deux frères également pour leur part héréditaire, c'est-à-dire pour la moitié des 9/16 des dettes; le tout sauf à régler la part *contributoire* de chacun après la ventilation. (Voy. Demante, *Successions*, t. III, n° 209 *bis*; Demolombe, XVII, n° 43.)

L'article 873 pourrait encore trouver une application littérale dans le cas du n° 1599 *infrà*.

1579. *B.* Il y a concours entre les héritiers, les donataires, légataires ou autres successeurs à titre universel.

Les légataires, les donataires et les autres successeurs universels ou à titre universel (les successeurs irréguliers) sont tous *hæredis loco;* dès lors ils sont tenus des dettes et charges de la succession *de la même* manière que les héritiers, c'est-à-dire chacun pour la quote-part pour laquelle ils sont appelés à la succession (art. 871, 1009, 1012).

Les créanciers peuvent agir *directement* et en vertu d'un *droit propre* contre ces successeurs à titre universel, contre chacun pour sa part, et les héritiers légitimes sont déchargés de leurs obligations dans cette proportion, et ne peuvent plus être poursuivis par les créanciers à raison de la part incombant aux autres successeurs. (Bordeaux, 12 juillet 1867, D., 1868, 2, 176). Cette dernière question est très-controversée. (Voy. *infrà*, n° 1605.)

L'article 871 ne parle que du légataire *à titre* universel : « Le légataire à titre universel contribue avec les héritiers, au prorata de son émolument. » Mais l'omission du légataire *universel* est sans importance; car, dans l'ancien droit, on désignait indifféremment sous la dénomination de *legs universel* ou *à titre universel* tout legs d'une *quotité* de la succession. (Pothier, chap. V, art. II, § 3.) La distinction entre ces deux termes a été pour la première fois introduite par le code dans les articles 1002, 1003 et 1010, qui n'étaient pas encore votés lorsque le titre des *Successions* fut discuté. Au reste, l'expression *à titre universel*

est employée ici par antithèse au légataire *à titre particulier*.

1580. *C.* Il y a seulement concours entre les légataires, donataires et autres successeurs à titre universel, et il n'y a point d'héritiers légitimes. La solution est la même que dans les deux cas précédents. Chacun de ces successeurs est tenu des dettes de la succession dans la proportion de la part qu'il y prend, et chacun peut être poursuivi par les créanciers pour cette part.

1581. Quant au *légataire à titre particulier*, il n'est pas tenu personnellement des dettes et charges de la succession (art. 871, 1024). Car le testateur a voulu lui donner un bien ou un effet déterminé, et les dettes et charges de la succession ne grèvent aucun effet déterminément, mais l'*universalité* du patrimoine. Seulement en cas d'insuffisance du patrimoine pour payer tous les legs, le légataire aura une réduction à subir (art. 1024).

Le recours que l'article 809 réserve aux créanciers non payés contre le légataire est borné au cas du bénéfice d'inventaire (voy. *suprà*, n[os] 1463, 1464); car en cas d'acceptation pure et simple, les créanciers ont pour débiteur l'héritier contre lequel ils auraient pu demander la séparation des patrimoines.

1582. Mais le légataire à titre particulier reste soumis, comme tout tiers détenteur, à l'action hypothécaire, lorsque la chose léguée est un immeuble affecté par hypothèque à une dette de la succession, sauf son droit de recours contre les successeurs à titre universel et sa subrogation aux droits du créancier. « Le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel, » dit l'article 874. (Voy. aussi art. 871 et 1251, n° 3.)

En qualité de *tiers détenteur* de l'immeuble hypothéqué, le légataire peut se laisser poursuivre, délaisser, payer ou purger.

S'il a payé, il peut exercer son recours contre chacun des autres successeurs à titre universel pour sa part par une action personnelle comme *negotiorum gestor;* et, en vertu de la subrogation il peut exercer son recours hypothécaire *pour le tout* contre les successeurs universels qui détiennent d'autres immeubles hypothéqués à la même dette.

1583. De la règle énoncée au n° 1576, découlent les conséquences suivantes :

1° Chaque successeur N'EST TENU envers les créanciers QU'EN proportion de la part qu'il prend dans la succession;

2° Chacun des successeurs peut se libérer en payant sa part; donc, si plusieurs cohéritiers ou cosuccesseurs ont été condamnés au payement d'une créance héréditaire, chacun d'eux *ne* doit payer que sa part;

3° Si un des héritiers ou successeurs ne paye pas sa part ou est devenu insolvable, les autres qui ont payé leur part ne peuvent plus être recherchés;

4° Les créances d'un héritier contre la succession ou de la succession contre un héritier ou successeur ne s'éteignent par confusion qu'en proportion de la part de ce successeur;

5° Les successeurs à titre universel sont tenus chacun en proportion de sa portion héréditaire, quel que soit le résultat du partage, et de quelque manière que les successeurs conviennent *entre eux* de payer les dettes, sauf aux créanciers à se prévaloir de l'article 1166, c'est-à-dire à poursuivre, en exerçant les droits du cohéritier, celui qui est chargé d'une portion plus forte que sa part héréditaire;

6° Cette obligation du successeur subsiste même dans le cas où il aurait cédé sa part héréditaire en tout ou en partie, sauf aux créanciers à agir contre le cessionnaire par l'action subrogatoire en vertu de l'article 1166;

7° L'acte interruptif de la prescription posé à l'égard de l'un des successeurs n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres.

1584. La règle énoncée au n° 1576 se modifie dans deux cas, savoir :

1° Si l'obligation de la succession est *indivisible*. Chaque successeur à titre universel est tenu pour le total des dettes indivisibles, parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'être acquittées en parties.

2° Lorsqu'un successeur possède un immeuble de la succession grevé d'une hypothèque. Alors le créancier a contre lui une action *personnelle* pour *sa part*, et une action *hypothécaire* pour la *totalité* de la dette, sauf son recours contre les autres successeurs (art. 873, 875).

1585. *Deuxième règle*. Chaque successeur est tenu sur son propre patrimoine et *ultrà vires* de sa part proportionnelle des

dettes et charges de la succession, à moins qu'il ne l'ait acceptée sous bénéfice d'inventaire. (Voy. *suprà*, n° 1453.) Cette question est très-controversée en ce qui concerne les légataires et les donataires à titre universel et les successeurs irréguliers. (Voy. *infrà*, n°s 1601-1604.)

2. DE LA CONTRIBUTION AUX DETTES ET DU RAPPORT DES COHÉRITIERS ET SUCCESSEURS UNIVERSELS ENTRE EUX.

1586. Les personnes qui doivent *contribuer* au payement des dettes et les *supporter* définitivement sont tous les *héritiers* et *successeurs à titre universel;* donc, le légataire universel ou à titre universel, le donataire universel ou à titre universel par contrat de mariage, et les successeurs irréguliers (art. 870, 871, 1009, 1012, 1220, 1085). Car le patrimoine tout entier du défunt est grevé des dettes et charges, et il n'y a de biens que déduction faite des charges. *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.*

1587. Les héritiers et les autres successeurs à titre universel contribuent entre eux au payement des charges et dettes de la succession en proportion *de leur quote-part héréditaire*, c'est-à-dire de la portion qu'ils prennent *en qualité de successeur à titre universel* (art. 870, 871, 1009, 1012, 612, 1220).

Donc, si un successible cumulait la qualité d'héritier et de légataire à titre particulier, par suite d'une dispense de rapport, il ne contribuerait aux dettes et charges de la succession qu'en raison de sa portion héréditaire et non en raison de ce qu'il prendrait comme légataire à titre particulier.

Il n'y a aucune différence entre l'obligation de contribuer incombant à l'*héritier* et celle incombant aux autres successeurs à titre universel; en d'autres termes, les uns et les autres doivent contribuer aux charges de la succession dans la même proportion dans laquelle ils en *sont tenus* envers les créanciers. Cette question est très-controversée. (Voy. *infrà*, n° 1598.)

1588. L'héritier ou le successeur à titre universel qui a payé au delà de sa part contributoire dans les dettes ou charges de la succession, soit volontairement, soit par suite de l'action hypothécaire, soit parce que la dette était indivisible, peut exer-

cer son recours contre ses cohéritiers ou cosuccesseurs.

« Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout; sauf leur recours, soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer » (art. 873).

« Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers : sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier » (art. 875).

1589. Dans tous ces cas, la subrogation a lieu de *plein droit* en vertu de la loi (art. 1251, 3°). Elle peut être exercée par l'action personnelle toujours, et par l'action hypothécaire si les autres successeurs possèdent des immeubles hypothéqués à la même dette. L'action *personnelle* se divise de plein droit, *en vertu* des principes généraux; elle ne peut donc être intentée contre chacun des autres successeurs que pour la part qu'il doit *personnellement* supporter dans la dette.

Et il en est de même de l'action hypothécaire, *par dérogation* aux principes généraux sur la subrogation. Car, en règle, celui qui est subrogé aux droits du créancier peut agir comme le créancier lui-même aurait pu agir; donc, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, il peut poursuivre pour la totalité de la créance le détenteur de l'hypothèque. C'est la doctrine que nous croyons la bonne, quoique contestée par quelques auteurs. L'article 875 déroge formellement à cette règle, en prescrivant, sans distinguer entre le recours par l'action personnelle ou par l'action hypothécaire, qu'il n'aura lieu contre les autres successeurs que *pour la part* de chacun. C'est ainsi que l'effet de la subrogation légale est limité dans le cas qui nous occupe, et, pour ne laisser aucun doute, la loi a soin d'ajouter que la subrogation *conventionnelle*, stipulée entre le créancier et l'héri-

tier qui avait payé la dette hypothécaire, ne peut ici donner à l'héritier plus de droits que le recours établi par la loi. Cette dernière question était controversée, sous l'ancien droit, au témoignage de Pothier (*Successions*, chap. V, art. IV). Le code a voulu la décider. Il faut en dire autant du cas où l'héritier aurait acheté la créance hypothécaire; car autrement il pourrait facilement éluder la loi.

« Cette exception peut être justifiée à un triple point de vue, dit M. Demolombe; soit par la nécessité d'éviter une longue série de recours, par suite desquels les cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette auraient pu réagir successivement les uns contre les autres, leur part, bien entendu, préalablement confuse et déduite; soit à raison des rapports de quasi-société que l'indivision établit entre les cohéritiers et autres successeurs universels; soit surtout à raison de l'obligation réciproque de garantie qui les lie mutuellement les uns envers les autres, et qui doit dès lors s'opposer, de la part de l'un d'eux, à tout acte qui tendrait à causer aux autres une sorte d'éviction, etc. » (T. XVII, n° 80.)

1590. Il y a encore aujourd'hui comme autrefois controverse sur la question de savoir si l'un des successeurs à titre universel peut agir hypothécairement pour le tout contre les autres successeurs détenteurs d'immeubles dans les deux cas suivants :

1° Lorsque, étant lui-même légataire particulier par préciput d'un immeuble grevé d'hypothèque, il a acquitté la totalité de la dette hypothécaire;

2° Lorsque, étant lui-même créancier hypothécaire du défunt, il poursuit le payement de sa créance, déduction faite de la portion qui s'est éteinte par confusion.

Les auteurs qui se prononcent pour la solution affirmative se fondent sur ce que, dans ces deux cas, l'héritier est un *homo qui plures sustinet personas*, et qu'il peut exercer tous les droits que lui donne chacune de ses qualités, sans que l'une puisse nuire à l'autre. Si, comme héritier, il ne peut agir contre chacun de ses cohéritiers que pour sa part, en qualité de légataire ou de créancier de la succession, il peut agir pour le tout hypothécairement. (Chabot, art. 875, n° 5; Duranton, t. VII, n° 449; Zachariæ, § 637, t. II, p. 505.)

L'opinion contraire, soutenue par Pothier, et partagée par plusieurs jurisconsultes, se fonde sur ce que l'héritier, étant en même temps légataire ou créancier, n'en doit pas moins garantie à ses cohéritiers et supporter sa part dans les insolvabilités; or, il ne peut pas évincer ceux qu'il doit garantir. (Marcadé, art. 875, n° III; Demante, n° 216 *bis*; Demolombe, XVII, n° 81.)

Nous croyons ces deux opinions trop absolues. En principe, la deuxième opinion a raison; je ne puis pas agir en *une* qualité contre quelqu'un que je serai obligé, en une *autre* qualité, de garantir contre cette même action. Mais l'obligation de garantie n'est pas *indivisible*, et c'est là un des motifs de la deuxième opinion qui nous paraît erroné. De là il résulte que la demande de l'héritier doit être repoussée si l'objet de l'action en recours est le même que l'objet de la garantie; mais qu'elle doit être admise si ces objets sont différents. Un exemple démontrera l'importance pratique de notre distinction. Paul est créancier hypothécaire et un des héritiers du défunt avec quatre cohéritiers A, B, C et D; la créance est de 60,000 francs. L'immeuble hypothéqué est échu à A. Paul, dont la part dans la dette est éteinte par confusion, poursuit A hypothécairement en payement des quatre cinquièmes, soit de 48,000 francs. A, après avoir payé, a son recours en garantie, en vertu de l'article 875, contre chacun des autres héritiers pour sa part, donc contre B, C et D pour 12,000 francs, mais il n'a pas de recours contre Paul qui a *payé* sa part par confusion. Donc, il est inexact de dire que Paul doit garantie à A à raison d'une dette dont il a payé la part qui lui incombait.

Supposons maintenant que D soit notoirement insolvable et que le recours contre lui serait inefficace. Si A avait payé les 48,000 francs, il aurait, à raison des 12,000 francs incombant à D, un recours en garantie pour 3,000 francs contre Paul et contre B et C; il devrait lui-même supporter la perte de 3,000 francs. Dans ce cas, il pourrait combattre l'action de Paul jusqu'à concurrence de la somme de 3,000 francs, pour laquelle ce dernier lui devait la garantie; jusqu'à concurrence de cette somme, il pourrait lui opposer l'adage : *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio;* donc Paul ne pourrait demander que 45,000 francs. On le voit, l'objet de l'action hypothécaire et celui

de la demande ou de l'exception en garantie ne sont pas les mêmes, et le principal argument de la deuxième opinion fait défaut, à moins que l'on n'admette l'indivisibilité de l'obligation de garantie, système que nous avons combattu au titre *de la Vente*. Et, même dans cette hypothèse de l'indivisibilité, l'action hypothécaire de Paul ne pourrait être contestée que pour la *totalité de la part de l'insolvable*, c'est-à-dire pour 12,000 francs, puisque Paul ne devrait aucune garantie à raison des parts dues par B et C, tous deux solvables.

1591. La règle de l'article 875, d'après laquelle l'héritier qui a payé une dette ne peut exercer son recours contre chacun de ses cohéritiers que jusqu'à concurrence de sa part contributoire, souffre exception en ce qui concerne l'héritier *bénéficiaire*, qui a conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier, dit la loi.

Il est évident que la deuxième partie de l'article 875 fait une exception à la *première*, laquelle a en vue le cas du payement d'une créance *hypothécaire*; car *tout* créancier simplement *chirographaire*, étranger à la succession, doit toujours diviser sa dette entre les divers héritiers. (Voy. *suprà*, n° 1578.) La disposition finale ne peut s'appliquer non plus au cas où l'héritier bénéficiaire aurait payé la dette avec les deniers de la succession; il n'aurait pas de recours. La disposition doit donc être complétée par celle de l'article 1251, 4°, portant que la subrogation a lieu de plein droit « au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé *de ses deniers* les dettes de la succession. » Alors il tombe sous l'application de la *règle* sur les effets de la subrogation, et il échappe à l'*exception* portée dans l'article 875; c'est-à-dire il peut exiger, contre les autres détenteurs des immeubles hypothéqués, la *totalité* de la dette, sa part déduite.

1592. L'article 876 porte : « En cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres, au marc le franc. » Cette règle est une conséquence de l'obligation de garantie réciproque établie entre cohéritiers par les articles 884 et 885. Il résulte autant du texte que du motif de l'article 876 :

1° Qu'il ne doit être appliqué qu'à l'hypothèse où un des cohéritiers *a été forcé*, malgré lui, à payer au delà de sa part de la

dette, c'est-à-dire si la dette était hypothéquée sur l'immeuble à lui échu, ou si elle était *indivisible* soit dans le sens de l'article 1221, soit en vertu de l'article 1223. Car s'il a payé d'autres dettes au delà de sa part, il a volontairement suivi la foi personnelle du cohéritier pour lequel il a payé, et les autres ne peuvent être rendus responsables de ce chef.

2° Que, pour qu'il y ait lieu au recours contre les autres héritiers, l'insolvabilité doit avoir existé *avant* le payement; car si elle n'est arrivée qu'après le payement, l'héritier qui a dû payer aurait pu prendre immédiatement les mesures nécessaires pour se faire rembourser. (Zachariæ, § 637, t. II, p. 505, note 2.)

1593. Il nous reste à traiter du cas spécial prévu par l'article 872, dont voici la teneur :

« Lorsque des immeubles d'une succession sont grevés de rentes par hypothèque spéciale, chacun des cohéritiers peut exiger que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots. Si les cohéritiers partagent la succession dans l'état où elle se trouve, l'immeuble grevé doit être estimé au même taux que les autres immeubles; il est fait déduction du capital de la rente sur le prix total; l'héritier dans le lot duquel tombe cet immeuble demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers. »

Nous avons défini la rente *supra*, n° 861. C'est une prestation perpétuelle. D'après les règles exposées au n° 1584, 2°, le créancier peut poursuivre le détenteur de l'hypothèque pour la totalité de la dette, donc tous les ans pour la totalité des arrérages échus; chaque année, le détenteur de l'hypothèque devrait donc exercer son recours contre ses cohéritiers, ce qui serait onéreux et difficile surtout lorsque, après de nouvelles subdivisions, le nombre des débiteurs serait multiplié et la rente infiniment fractionnée.

D'un autre côté, les héritiers copartageants ont un intérêt aussi à ne pas être poursuivis tous les ans soit par le créancier directement (ce qui est moins à craindre, parce qu'il est plus avantageux pour lui de n'attaquer qu'un seul débiteur), soit par l'action récursoire du détenteur de l'immeuble.

L'article 872 fournit deux moyens d'éviter, pour le détenteur

de l'immeuble hypothéqué, le recours, et pour les autres héritiers, sinon les deux, au moins le second inconvénient.

1594. 1. Le premier moyen consiste à rembourser la rente et à dégrever l'immeuble qui y est affecté par *hypothèque spéciale*. Chaque héritier peut exiger ce remboursement. L'article 872 ne peut pas être invoqué par le nu propriétaire contre l'usufruitier universel de la même hérédité. (Caen, 8 décembre 1870; D., 1872, 5, 458.) C'est un moyen simple, mais il n'est pas toujours possible; car la rente peut avoir été stipulée irrachetable pour trente ou pour dix ans (art. 530 et 1911; voy. *suprà*, n° 865.)

Ce moyen, si l'irrachetabilité de la rente n'y forme pas un obstacle, est également applicable lorsque la rente est garantie par une hypothèque sur tous les biens ou sur plusieurs immeubles laissés par le défunt.

1595. 2. Si la rente n'est pas rachetable, ou si aucun des héritiers n'en demande le remboursement, la succession doit se partager dans l'état où elle se trouve; l'immeuble grevé est estimé à sa valeur réelle, déduction faite du capital de la rente; par exemple, l'immeuble vaut 50,000 francs; il est grevé d'une rente de 1,000 francs, au capital de 20,000 francs; cette somme est déduite de 50,000 francs, et l'immeuble entre dans la composition des lots pour 30,000 francs. L'héritier dans le lot duquel il tombe demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers. Évidemment il n'a pas de recours contre eux, s'il a payé, parce qu'il en a reçu la valeur en prenant une plus forte partie des biens de la succession.

Cet expédient est difficile si tous ou plusieurs immeubles du défunt sont hypothéqués à la rente, parce qu'alors chaque héritier aura dans son lot des immeubles, et le créancier, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, est libre de poursuivre chacun d'eux pour le tout. Pour le rendre efficace, il faudrait mettre dans le même lot tous les immeubles hypothéqués.

Ce mode de partager ne peut naturellement pas priver le créancier de la faculté de poursuivre les autres héritiers par l'action personnelle; mais étant poursuivis, ils ont leur recours en garantie contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué.

1596. Bien que l'article 872 se serve du mot *rente* sans autre adjectif, il résulte du texte qu'il faut en restreindre l'application

aux rentes *perpétuelles*, et ne pas l'étendre aux rentes *viagères*. Car le premier moyen n'est pas admissible parce que la rente viagère n'est pas remboursable (art. 1979); le second ne l'est pas, parce que, à proprement parler, la rente viagère n'a pas un capital évaluable d'après une base fixe et certaine, comme la rente perpétuelle. L'évaluation ne pourrait être qu'incertaine et aléatoire, qui exposerait à des chances de gain ou de perte le copartageant dans le lot duquel tomberait l'immeuble hypothéqué, et nous ne croyons pas qu'un des cohéritiers puisse être *obligé* à courir ces chances, sauf à tous à s'entendre à l'amiable. Au reste, l'inconvénient résultant de l'existence d'une rente viagère est moins grand; la rente finit à la mort du crédirentier, et dès lors il n'y a plus lieu au recours.

3. DES CONTROVERSES RELATIVES AUX RÈGLES EXPOSÉES AUX Nos 1574 ET SUIVANTS.

1597. Nous examinerons les objections élevées contre les règles qui viennent d'être exposées.

Le système contraire au nôtre consiste à soutenir :

1° Que l'obligation de *contribuer* au payement des dettes n'est pas la même pour l'héritier et pour le légataire universel ou à titre universel (voy. n° 1587);

2° Que, nonobstant la présence de légataires universels ou à titre universel, l'héritier continue d'être obligé envers les créanciers de la succession et peut être poursuivi par eux jusqu'à concurrence de sa part *héréditaire*, sauf son recours contre les légataires; et que l'héritier est tenu des dettes *ultra vires* (sauf le bénéfice d'inventaire), tandis que les légataires n'en sont jamais tenus que jusqu'à concurrence *des biens qu'ils ont recueillis* (voy. nos 1579, 1580, 1585);

1598. 1. Occupons-nous d'abord de la première thèse. La différence entre l'obligation de l'héritier et celle du légataire de *contribuer* au payement des dettes consiste, d'après cette opinion, en ce que les « cohéritiers contribuent entre eux au payement des dettes et charges de la succession, *chacun dans la proportion de ce qu'il y prend* (termes de l'art. 870), tandis que le légataire à titre universel contribue avec les héritiers, *au prorata de son émolument* (art. 871) ». Tout le système est fondé sur la différence

entre ces deux expressions, différence difficile à saisir sans un exemple à l'appui, que voici : A laisse pour héritiers deux frères et un légataire à titre universel du tiers de ses biens; le montant de la succession s'élève à 60,000 francs, grevé de 12,000 francs de dettes. Le légataire à titre universel est chargé d'un legs particulier de 10,000 francs.

Si le legs particulier n'existait pas, chacun des trois successeurs devrait payer un tiers des dettes, donc 4,000 francs. Si l'un des deux *héritiers* avait été chargé du legs de 10,000 francs, il aurait néanmoins dû payer le tiers des dettes correspondant à sa *portion héréditaire;* mais, comme c'est *le légataire à titre universel* qui doit payer le legs, et qu'il n'a retiré de la succession qu'un *émolument* de 10,000 francs, il ne contribue aux dettes que dans la proportion de cet émolument, de sorte que les trois successeurs devraient contribuer entre eux aux dettes dans les proportions suivantes : chacun des deux frères en payerait deux cinquièmes, soit 4,800 francs et le légataire n'en supporterait qu'un cinquième, soit 2,400 francs.

Il est certain que, d'après l'ancien droit, les légataires et les donateurs à titre universel *contribuaient* aux dettes de la succession pour la quote-part sur laquelle ils étaient institués; en d'autres termes, ils *contribuaient* aux dettes dans *la même proportion* dans laquelle ils en étaient tenus. (Voy. *suprà*, n° 1571, et Pothier, *Successions*, chap. V, art. II et art. IV, § IV.) Jamais il n'y a eu ni doute ni controverse sur ce point. Dans les travaux préparatoires du code, on chercherait vainement un indice quelconque de l'intention du législateur de changer l'ancien droit. Aucun texte du code ne sanctionne, par application aux légataires, la distinction entre l'obligation *de payer* les dettes et celle d'y contribuer. Les articles 1009 et 1012 portent que le légataire universel et le légataire à titre universel *sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part et portion,* sans distinguer s'ils en sont tenus dans cette proportion *envers les créanciers* ou *envers les héritiers* avec lesquels ils sont en concours.

Tout le système contraire repose donc sur la base fragile et incertaine de la différence entre les termes : *dans la proportion de ce qu'il y prend* (art. 870) et *au prorata de son émolument*

(art. 871). On prête arbitrairement, et sans antécédent historique quelconque, un sens différent à des termes qui, par leur valeur propre et intrinsèque, ont la même signification. Ces deux expressions sont synonymes entre elles, et elles sont synonymes de : *chacun dans la proportion de la part qu'il recueille à titre universel*. Ce qui le prouve, c'est l'article 1017, alinéa 1er, qui met sur la même ligne *tous* les débiteurs d'un legs, en disant que les héritiers, ou *autres débiteurs* du legs, sont personnellement tenus de l'acquitter, *chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession*. Ces mots doivent avoir le même sens dans leur application aux héritiers comme aux légataires à titre universel. (Voy., dans ce sens, Chabot, art. 871, n° 2 ; Demolombe, XVII, nos 17, 18, 33, et les auteurs qu'il cite.)

1599. Cette règle doit être suivie également dans le cas où le legs à titre universel aurait pour objet tous les immeubles ou tous les meubles, ou une quotité de tous les immeubles ou de tout le mobilier (art. 1010). Il faudrait faire une ventilation pour déterminer la part contributoire des légataires à titre universel. (Voy. *suprà*, n° 1572, A, *a*.)

1600. 2. Nous passons à la deuxième thèse. D'après l'ancien droit, comme sous le code, les créanciers de la succession ont une action personnelle et directe tant contre les légataires à titre universel que contre les héritiers. (Pothier, *Successions*, chap. V, art. IV. Code civil, art. 1009 et 1012.) Mais sous l'ancien droit, les héritiers étaient tenus pour *la part dont ils étaient héritiers*, et non-seulement pour la part qu'ils recueillaient par le partage, parce que, disent les auteurs, ils sont successeurs non-seulement aux *biens*, mais à la *personne* du défunt. C'est pour cette raison qu'ils pouvaient être poursuivis personnellement jusqu'à concurrence de leur *part héréditaire*, même lorsqu'ils étaient en concours avec un légataire à titre universel. Ainsi, par exemple, si le défunt avait laissé pour héritiers deux frères et un légataire du tiers de tous ses biens, les créanciers pouvaient, à leur choix, poursuivre ou bien chacun des trois successeurs pour un tiers des dettes de la succession, ou bien chacun des deux héritiers pour la moitié, sauf le recours de ces derniers contre le légataire à titre universel. (Pothier, *Successions*, chap. V, art. III, §§ 1 et 2 ; voy. *suprà*, n° 1572.)

Suivant beaucoup de jurisconsultes, ce système est encore celui du code civil. (Duranton, t. VI, n° 291; Zachariæ, § 636, édit. belge, t. II, p. 499, note 4; Demante, t. III, n°s 208 et suiv.; Marcadé, art. 1002, n° II, etc.)

Ils se fondent : 1° sur l'ancien droit, et sur ce que les héritiers légitimes sont seuls successeurs à la *personne* du défunt, qu'ils la continuent et que, comme tels, ils sont personnellement tenus de toutes les dettes de la succession, tandis que les légataires universels ne sont que de simples successeurs *aux biens* et obligés comme *détenteurs* des biens; que leur responsabilité en *cette* qualité n'empêche pas la responsabilité *personnelle* des héritiers;

2° Que le code civil a conservé ce système, à preuve les articles 870, 871, 873, 967, 1002, et surtout 724 et 1220 qui rattachent l'obligation de payer les dettes à la *saisine* héréditaire;

3° Que ce système est conforme au droit philosophique, parce qu'à la rigueur les légataires, succédant *in rem singularem*, ne devraient pas même contribuer au payement des dettes;

4° Que c'est la doctrine pratiquement la plus utile, parce que les héritiers sont ordinairement connus, et les créanciers savent à qui s'adresser, tandis que les légataires le sont moins, et que la délivrance du legs opérée par l'héritier ne doit pas détériorer la position des créanciers qui avaient pour débiteurs directs les héritiers.

• **1601**. Nous ne pouvons pas admettre ce système, et nous croyons que *tous* les successeurs à *titre universel*, donc les légataires, les donataires par contrat de mariage et les successeurs irréguliers sont personnellement tenus des dettes et charges de la succession, absolument comme les héritiers eux-mêmes, et *ultrà vires*, chacun en proportion de la quote-part à laquelle il est appelé, et que les héritiers sont exonérés de la part des dettes incombant aux autres successeurs.

Ce système, il est vrai, est contraire à l'ancien droit coutumier, mais les auteurs du code n'ont pas eu l'intention de reproduire l'ancien droit. Le cadre de ce livre ne permet pas de donner à cette grave question tout le développement qu'elle comporte. Nous devons donc nous borner à indiquer sommairement les arguments à l'appui de l'opinion que nous soutenons.

C'est sans doute le système le plus simple, le plus naturel et

le plus rationnel, d'après lequel tous ceux qui succèdent dans l'*universalité du patrimoine* du défunt, y succèdent de la même manière, avec les mêmes droits et les mêmes obligations. Toutes les distinctions à cet égard que l'histoire nous a transmises ont sans doute eu leur raison d'être; mais elles ne l'ont plus, et alors même qu'il y aurait *doute* sur l'intention du législateur de sanctionner de nouveau ces anciennes distinctions, l'interprétation devrait pencher pour le système le plus rationnel.

Ce système était aussi celui du droit romain (voy. *suprà*, n° 1570), et nous trouvons dans les travaux préparatoires des indices irréfutables que les auteurs du code ont voulu, dans les lois réglant les successions, revenir à la *simplicité du droit romain*. (Voy. *suprà*, n° 1252.) Les discussions relatives aux articles 967 et 1002 en sont une nouvelle preuve. « Les différences entre les pays de droit écrit et ceux des coutumes doivent disparaître lorsqu'une loi commune à toute la France donne, sans aucune distinction de biens, la même liberté de disposer. L'institution d'héritier y sera également permise, » dit Bigot de Préameneu dans l'Exposé des motifs du titre des *Donations*, n° 53 (Locré, XI, 398). « Le légataire universel sera assimilé à l'héritier », dit Joubert, Rapport au Tribunat sur le même titre (n° 61, Locré, p. 469).

Les articles 967 et 1002 effacent toutes les différences entre l'héritier, le légataire universel et le légataire à titre universel, excepté celles qui sont formellement maintenues par la loi, et parmi ces différences nous ne trouvons pas que l'héritier soit tenu *ultrà vires*, tandis que les légataires ne seraient tenus qu'*intrà vires*, ni que l'héritier puisse être poursuivi jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, même étant en concours avec des légataires à titre universel, tandis que les légataires ne pourraient être poursuivis que jusqu'à concurrence de la part qu'ils prennent dans la succession.

Non-seulement les textes du code ne sanctionnent aucune différence entre les héritiers et les légataires à titre universel, en ce qui concerne leur position vis-à-vis les créanciers de la succession, mais ils les placent formellement sur la même ligne. Les quatre articles 873, 1009, 1012 et 1017, dont le premier parle des *héritiers*, les deux autres des légataires, et le dernier des

héritiers et des légataires universels et à titre universel, sont conçus dans les mêmes termes : « Les *héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout* » (art. 873) ;

« *Le légataire universel... sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout* » (art. 1009);

« *Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout* » (art. 1012);

« *Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession* » (art. 1017).

La loi dit *personnellement;* ils ne sont donc pas seulement tenus sur les *biens* de la succession.

Où est la différence entre ces trois cas ?

Les textes ne sont pas moins formels et précis en ce qui concerne les autres successeurs à titre universel.

L'article 1085 porte que le donataire par contrat de mariage qui recueille à titre universel tous les biens qui se trouveront existants au décès du donateur « *sera soumis au payement de toutes les dettes et charges de la succession* ». L'article n'apporte ni limite ni restriction à cette obligation : donc le donataire sera tenu indéfiniment et *ultrà vires.*

L'article 757, en déterminant les droits des enfants naturels, s'exprime ainsi : « *Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime,* etc. » Or, si l'enfant eût été légitime, il aurait recueilli sa portion héréditaire *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession* (art. 724). En recueillant une *fraction* de cette portion, il la prend donc au même titre et aux mêmes conditions auxquels il aurait reçu sa portion entière. Si ce raisonnement n'est pas admis, nous n'avons plus aucune disposition de la loi qui soumette l'enfant naturel au payement d'une dette quelconque, ni *intrà* ni *ultrà vires.*

Nous invoquons le même argument en ce qui concerne le conjoint survivant et l'État.

Où est la disposition textuelle qui oblige ces deux successeurs à payer les *dettes?* Nulle part. L'article 1017 les oblige personnellement, *comme les héritiers,* à acquitter les legs. Quant à l'obligation de payer les *dettes* de la succession, elle résulte précisément de ce qu'ils sont *successeurs à titre universel.* Les articles 723, 767, 768 et 769 leur défère la *succession,* et non-seulement les *biens.* Or, le successeur entre dans le *patrimoine, in universum jus,* du défunt, donc aussi dans ses dettes, qu'il devra payer comme le défunt aurait dû les payer. (Voy. *suprà,* n° 1231, et n° 1602.)

1602. Les partisans, anciens et modernes, du système que nous combattons, invoquent surtout deux arguments, l'un de *principe,* l'autre de *texte.*

1° L'héritier est tenu comme *successeur* non-seulement aux biens, mais *à la personne du défunt,* qu'il continue, disent-ils; donc il est grevé de toutes les dettes, *comme le défunt l'était lui-même.* Les légataires à titre universel et les successeurs irréguliers succèdent *aux biens* plutôt qu'à la *personne,* et dès lors ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent. (Pothier, *Successions,* chap. V, art. II, § 2, et art. III, § 1.) (Tous les auteurs sont d'accord que, pour n'être tenus que dans ces limites, les légataires et les successeurs irréguliers doivent avoir fait constater par un inventaire la consistance de ces biens, afin d'en empêcher la confusion avec leur propre patrimoine.)

Mais aucune disposition du code ne consacre cette différence, si tant est qu'elle soit vraie. Nous sommes autorisés tout autant à ne considérer les héritiers que comme simples successeurs aux biens, qu'à considérer les autres successeurs comme successeurs à la personne du défunt.

Et puis cet adage, si souvent invoqué, a-t-il bien un sens assez clair et assez précis pour servir de base juridique à tout un système de responsabilité? Nous nous trompons peut-être, mais nous ne l'avons jamais regardé que comme une phrase qui, au moins aujourd'hui, est vide de sens, et qu'il faudrait exclure du langage juridique. On comprend que quelqu'un succède à une personne, en ce sens qu'il entre dans les droits et dans les obligations d'une autre personne. Mais *continuer une personne,* qu'est-ce que cela peut signifier? On ne peut ni physiquement, ni juridiquement, continuer une personne décédée. Mais l'ensemble des

droits et des obligations d'une personne décédée peut être continué après son décès comme une universalité, et cette universalité peut être considérée comme personne morale. Cette personne morale ne *continue* pas la *personne* du défunt tout entière, car elle ne peut pas exercer les droits exclusivement attachés à cette dernière, et qui n'existent plus ; elle n'est pas grevée non plus des obligations purement personnelles du défunt et qui se sont éteintes avec lui. La personne du défunt ne peut donc se continuer qu'en ce qui concerne les droits et les obligations purement *patrimoniaux*, dont l'ensemble constitue le *patrimoine* ; c'est le patrimoine comme *universitas* qui constitue la succession, et cette succession est le représentant ou la continuation de la personne du défunt : *hæreditas personam defuncti sustinet*. (Voy. *suprà*, n° 1236.) Tant que cette succession est vacante (*jacens*), les dettes dont elle est grevée ne peuvent être poursuivies que contre elle ; son actif épuisé, toute poursuite ultérieure serait *sans objet ;* toutefois la personne morale ne serait pas *libérée*, elle resterait, à la rigueur, *débitrice*. Mais si une autre personne physique (l'héritier) se substitue à cette personne morale représentée par le patrimoine, c'est-à-dire si elle prend pour elle le patrimoine avec toutes ses conséquences actives et passives, c'est cette personne physique qui sera investie de tous les droits et qui sera débitrice personnelle de toutes les dettes du patrimoine. C'est donc l'*acceptation du patrimoine*, c'est-à-dire la succession dans l'*universalité des droits et obligations* laissés par le défunt (*successio in* UNIVERSUM JUS *quod defunctus habuit* (voy. *suprà*, n° 1231) qui est la cause de l'obligation personnelle de l'héritier. *En dehors* de cette succession dans le *patrimoine*, on ne comprend pas une succession *à la personne* du défunt ; succéder à *la personne* du défunt, c'est succéder dans l'universalité de ses biens, dans son *patrimoine ;* ces termes ne peuvent avoir aucun autre sens.

Mais d'où vient donc l'adage : « L'héritier succède à la personne, le légataire universel succède aux biens », qui se trouve dans tous les anciens jurisconsultes du droit coutumier, et qui doit aussi avoir sa raison d'être ? Il s'explique. D'après les coutumes, l'*héritier* appelé par la loi avait seul qualité pour succéder dans l'universalité du patrimoine du défunt (*suprà*, n° 1245) ; un héritier ne pouvait être institué. Le légataire d'une quote-part

des biens du défunt ne succédait pas dans l'*universalité* de ses biens, mais seulement dans une partie de l'*actif* de ses biens qui subsistait après déduction des dettes, tout comme le *legatarius partitionis* du droit romain. (Voy. *suprà,* n° 1570.) Par exemple : une succession présente 100,000 francs d'actif, 40,000 francs de dettes; l'actif net est donc de 60,000 francs ; un légataire est institué sur un tiers des biens. Il ne succède pas dans l'universalité des biens ; mais l'héritier paye les dettes, et le droit du légataire consiste dans la copropriété du tiers des 60,000 francs nets; il est copropriétaire du tiers de ces biens, mais il n'a jamais été codébiteur des dettes. C'est ce qui explique pourquoi il n'avait pas la *saisine* héréditaire, c'est-à-dire la copossession de l'universalité du patrimoine. L'héritier devait lui délivrer la part des biens qui restaient après déduction des dettes. Il pouvait donc d'*abord* liquider la succession et payer les dettes; car la délivrance d'une quote-part de l'actif était impossible tant que cet actif n'était pas établi. En ce sens on pouvait dire : *le légataire succède seulement aux biens*, c'est-à-dire il prend sa quote-part des biens *après déduction* des dettes. Et, par la même raison, on pouvait dire que les légataires universels étaient exempts de toute contribution aux charges héréditaires, bien que l'existence de ces charges eût une influence décisive sur l'importance de leur droit. (Voy. Merlin, *Répertoire,* v° *Légataire,* § VH, art. I, n° 1.)

Dans le cours du temps, cette idée se transforma ; à certains égards, on assimila le légataire universel à l'héritier, en donnant aux créanciers de la succession une action directe contre lui jusqu'à concurrence de sa part, sans changer toutefois la position de l'héritier.

Aujourd'hui, les légataires universels et à titre universel sont tout à fait *hæredis loco ;* ils succèdent dans l'*universalité* du patrimoine du défunt comme les héritiers eux-mêmes, et pour ce motif ils sont tenus comme les héritiers.

Pour la même raison, les donataires à titre universel par contrat de mariage et les successeurs irréguliers sont aussi tenus comme les héritiers.

1603. Il résulte de ce qui précède que l'action des créanciers ne peut plus avoir lieu contre les héritiers au delà de leur part héréditaire, lorsqu'ils sont en concours avec des légataires à

titre universel. Car les légataires représentent le patrimoine du défunt comme les héritiers eux-mêmes ; les actions se divisent entre eux de plein droit. (Toullier, édit. belge, t. IV, nos 521, 522.)

1604. 2° L'opinion contraire tire un argument du texte des articles 724 et 1220. L'obligation des héritiers de payer les dettes *ultrà vires* est fondée sur la *saisine,* dit-on. Cette thèse en principe est une erreur. (Voy. *suprà,* n° 1274.) D'ailleurs, si elle était vraie, elle serait inconciliable avec la doctrine que nous contestons, et qui prétend que le légataire *universel* et le légataire à titre universel ne sont pas tenus *ultrà vires*. Or, si la responsabilité indéfinie était fondée sur la saisine, elle devrait donc aussi peser sur le légataire universel, ce qui d'ailleurs est soutenu par plusieurs jurisconsultes, par exemple par Zachariæ (§ 723, édit. belge, t. III, p. 198.)

Nous avons déjà démontré combien les opinions des auteurs du code et de ses commentateurs sur le caractère et les effets de la saisine sont peu claires et peu homogènes. Or, pour arriver à la solution de questions douteuses, il faut partir de bases certaines et incontestées. L'article 724 dit que les héritiers sont saisis de plein droit des *biens, droits* et *actions* du défunt. Ces mots désignent seulement l'*actif* de la succession ; et si la loi ajoute : *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession*, elle veut simplement indiquer qu'ils succèdent dans l'*universalité,* dans le passif comme dans l'actif.

L'opinion contraire à la nôtre conduirait à ce singulier résultat, que l'héritier exclu par un légataire universel continuerait d'être tenu de toutes les dettes, à moins qu'il ne renonce à la succession. Mais comment renoncerait-il à un droit qui lui a été enlevé?

Au surplus, au point de vue de cette opinion, on pourrait encore soutenir avec M. Demolombe que la délivrance judiciairement ou amiablement obtenue par le légataire universel ou à titre universel, est aussi une *saisine,* et que par suite de cette saisine, ils se trouvent dans la même position que les héritiers.

1605. A cette dernière observation se rattache la question de savoir si les légataires dont nous parlons peuvent être personnellement poursuivis par les créanciers déjà *avant* ou seulement *après* la délivrance du legs.

La question ne se présente qu'à l'égard du légataire à titre

universel et du légataire universel lorsqu'il est en concours avec des héritiers réservataires ; car s'il est seul, il a la saisine (art. 1006).

Après la délivrance, il n'y a pas de doute ; ils peuvent être poursuivis.

Mais nous croyons que le légataire à titre universel peut être poursuivi par les créanciers même *avant* la délivrance ; les articles 1009 et 1012 sont absolus et ne distinguent pas. Et, dans notre système, ce serait une inconséquence que de distinguer. Car la saisine n'est pas la *cause* de l'obligation de payer les dettes, donc elle est indifférente. Ensuite, les légataires à titre universel sont *hæredis loco ;* leur concours exonère d'autant les héritiers de leur responsabilité ; les créanciers n'ont donc pas d'action contre ces derniers pour la part afférente aux légataires. Si, de plusieurs héritiers, un seul détenait de fait la totalité de la succession, ou si un tiers étranger la détenait, l'action des créanciers n'en serait pas moins recevable et fondée contre chacun des héritiers pour sa part héréditaire. La position du créancier vis-à-vis du légataire qui n'a pas obtenu la délivrance est la même, sauf au légataire poursuivi à poursuivre à son tour l'héritier ou à le mettre en cause. (Voy., en ce sens, l'arrêt de Bordeaux cité au n° 1579. *Contra :* Demolombe, XVII, n°s 36, 38 et les auteurs qu'il cite.

1606. Nous concluons donc : tous les successeurs à titre universel, les légataires, les donataires par contrat de mariage et les successeurs irréguliers sont *hæredis loco ;* ils sont tenus *ultrà vires,* chacun pour sa part héréditaire, comme les héritiers, et les héritiers, en cas de concours avec d'autres successeurs à titre universel, ne peuvent être poursuivis au delà de la part qu'ils prennent dans la succession.

Et, pour la même raison, les autres successeurs à titre universel peuvent et doivent, comme les héritiers, accepter la succession *sous bénéfice* d'inventaire, s'ils ne veulent être obligés au payement des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent.

Ce système a pour partisans Merlin, *Répert.,* v° *Légataire,* art. VII, § I, n° XVII ; Chabot, art. 873, n°s 26-29 ; Toullier (édit. belge), t. IV, n°s 517 et suiv. ; Demolombe, XVII, n°s 35-40, et

les autorités qu'il cite. (Voy., pour le légataire universel et à titre universel, Cass. fr., 13 août 1851, D., 1851, 1, 281 et la note : Bordeaux, 12 juillet 1867, D., 1868, 2, 167 : Pour le légataire universel, Angers, 1er mai 1867, D., 1867, 2, 85 : Pour le légataire à titre universel, Montpellier, 9 juin 1869, D., 1871, 1, 141.)

II. DU TITRE EXÉCUTOIRE CONTRE LE DÉFUNT (art. 877).

1607. L'article 877 porte : « Les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement, et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier. »

C'est une innovation. D'après l'ancien droit coutumier, *toutes les exécutions cessaient par la mort de l'obligé;* les créanciers ne pouvaient faire aucune exécution de biens contre l'héritier, pas même sur les biens de la succession, tant qu'ils n'avaient pas obtenu de lui un nouveau titre notarié, ou une sentence judiciaire qui le condamnait personnellement. (Coutume d'Orléans, art. 433; de Paris, art. 168; Pothier, *Successions*, chap. V, art. IV.) Toutefois, cette règle n'était pas suivie dans les pays de droit écrit ni dans les provinces de Normandie, de Provence et de Bourgogne, et même l'ordonnance de Villers-Cotterets du 1er août 1539, rendue par François Ier, décida que les actes passés sous scel royal seraient exécutoires contre les héritiers aussi bien que contre le débiteur lui-même; mais ces dispositions ne furent pas observées dans les pays coutumiers. L'*héritier du créancier* pouvait faire exécuter le titre contre le débiteur comme le créancier aurait pu le faire lui-même. De là l'adage coutumier : *Le mort exécute le vif; mais le vif n'exécute pas le mort, c'est-à-dire que tout droit d'exécution s'éteint avec la personne de l'obligé ou condamné.* (Loysel, *Inst. cout.*, n° 891.)

L'article 194 du projet de la commission nommée l'an VIII portait cette disposition, conforme à l'ancien droit : « Dans aucun cas les créanciers ne pourront exercer des poursuites contre l'héritier personnellement avant d'avoir fait déclarer exécutoires contre lui les titres qu'ils avaient contre le défunt. » Sur l'obser-

vation de Maleville, que cette règle était contraire au principe : *le mort saisit le vif*, et qu'il devrait suffire d'un commandement à l'héritier, comme dans les pays de droit écrit, l'article fut renvoyé à la section de législation. La section du Tribunat en proposa le changement dans le sens admis par le code, parce que la nécessité d'obtenir contre les héritiers un titre nouveau ne servait qu'à occasionner des frais, à multiplier les procès et à fournir au débiteur de mauvaise foi des exceptions de forme pour éluder le payement. (Séance du conseil d'État du 23 nivôse an XI, n° 25 ; observ. du Tribunat, n° 30; rapport de Chabot, n° 52; discours de Siméon au Corps législatif, n° 40; Locré, X, p. 140, 168, 263, 302; Demolombe, XVII, n°s 50, 51.)

1608. Le code prescrit que l'exécution ne pourra avoir lieu que huit jours après la signification du titre à la personne ou au domicile de l'héritier; c'est pour éviter la surprise, pour ne pas ébranler le crédit de l'héritier, et pour le mettre à même de vérifier si les titres sont légitimes et de s'opposer à leur exécution s'il en a le droit. La signification doit se faire par exploit de l'huissier dans la forme ordinaire ; la huitaine doit être franche. La notification peut être faite pendant les délais laissés pour faire inventaire, mais l'exécution sera nécessairement suspendue pendant ces délais, l'héritier ayant une exception dilatoire. (Voy. *suprà*, n° 1447.)

Le titre exécutoire, quoique emportant contrainte par corps contre le défunt, ne peut jamais entraîner la contrainte par corps contre l'héritier (arg. art. 2017 du code).

1609. On se demande si la notification du titre peut être remplacée par un acte équivalent, par exemple par la connaissance que l'héritier aurait eue du titre d'une autre manière? La jurisprudence est divisée sur cette question. Il faut la résoudre négativement; car si l'on admettait en principe que la signification prescrite par la loi peut être remplacée par la connaissance personnelle de l'acte par celui à qui la signification doit être faite, on devrait l'appliquer à tous les cas analogues; on arriverait à un système d'arbitraire que la loi certes n'a pas voulu admettre. (*Contrà*, Limoges, 29 avril 1869, D., 1869, 2, 214; Orléans, 15 fév. 1876, D., 1876, 2, 103.)

Toutefois il est loisible à l'héritier de renoncer à la significa-

tion ou d'en dispenser par un acte de sa volonté, pourvu que cet acte soit clair et non équivoque (arg. de l'art. 1690).

1610. Il y a aussi controverse sur la question de savoir si la disposition de l'article 877 s'applique également aux autres successeurs à titre universel, aux légataires, aux donataires et aux successeurs irréguliers.

Quelques auteurs se prononcent pour la négative absolue, parce que les derniers ne succèdent pas *à la personne* du défunt. D'autres distinguent : ils admettent l'exécution sur les biens qui proviennent du défunt, mais non sur les biens personnels de ses successeurs.

Il nous semble que les donataires, les légataires universels et les successeurs irréguliers étant *hæredis loco*, les titres exécutoires peuvent être exécutés contre eux et sur tous leurs biens comme contre les héritiers, par les motifs exposés *suprà*, nos 1600-1604. (Voy. Demolombe, XVII, n° 60.)

III. DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES (art. 878-881).

A. *Définition et introduction historique.*

1611. L'acceptation de la succession opère une confusion entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier. Le patrimoine du défunt peut être solvable, de sorte que tous ses créanciers eussent été payés si le défunt avait continué de vivre. Le patrimoine de l'héritier peut être insolvable, de sorte que le concours de ses propres créanciers sur la masse des deux patrimoines confondus en un seul pourrait porter préjudice aux créanciers du défunt, en empêchant qu'ils ne soient payés intégralement. C'est pour ce motif que les créanciers d'une succession ont la faculté de demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier, afin d'empêcher que l'acceptation de la succession n'ait pour effet d'assimiler à *leurs* droits sur les biens de la succession les droits des créanciers personnels de l'héritier (fr. 1, § 1, D., *De separationibus*, 42, 6). Cette faculté s'appelle le *bénéfice de la séparation des patrimoines* (*beneficium separationis*) (code civil, art. 878).

Au point de vue juridique, les auteurs motivent ainsi la sépa-

ration des patrimoines : « Les créanciers ne peuvent avoir plus de droit sur les biens de leur débiteur que leur débiteur n'en a lui-même ; l'héritier n'ayant les biens de la succession qu'à condition d'en acquitter les dettes, les legs et autres charges, les créanciers de cet héritier doivent souffrir que les dettes, les legs et autres charges de ces biens soient acquittés sur ces biens avant qu'ils puissent se venger dessus. » (Pothier, *Successions*, chap. V, art. IV.)

1612. L'origine de la séparation des patrimoines se trouve dans le droit romain ; elle avait été introduite, on ne sait à quelle époque, par l'édit du préteur, contre la rigueur du droit civil qui ne donnait aux créanciers de la succession aucun moyen d'empêcher les créanciers personnels de l'héritier de concourir avec eux sur les biens de la succession. (Fr. 1, pr., D., *De separationibus*, 42, 6.) Elle est beaucoup plus ancienne que le bénéfice d'inventaire, qui n'existait pas avant Justinien (voy. *suprà*, n° 1437); elle occupe un titre du Digeste, tit. D., *De separationibus*, 42, 6; voyez aussi la l. 2, C., *De rebus auctoritate judicis*, 7, 72.

La séparation des patrimoines devait être demandée au juge, qui l'accordait par un décret, ou la rejetait suivant les circonstances dont l'appréciation lui appartenait. (Fr. 1, pr. § 14, D., *hoc. tit.*, 42, 6.)

La séparation devait être demandée *rebus integris* avant que les biens du défunt fussent confondus avec ceux de l'héritier, et au plus tard dans les cinq ans après l'adition de l'hérédité. (Fr. 1, §§ 12, 13, D., *eod.*)

L'ancienne jurisprudence française a admis cette institution en la modifiant. Ainsi, il n'y avait aucun temps limité ; on pouvait toujours demander la séparation tant que les biens de la succession n'étaient pas confondus avec ceux de l'héritier. (Pothier, *loc. cit.*)

Au témoignage de Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. II, *Introduction*, la jurisprudence française accordait aussi aux créanciers personnels de l'héritier la faculté de demander la séparation des patrimoines lorsque leur débiteur avait accepté une succession onéreuse ; mais Pothier, *loc. cit.*, révoque en doute cette jurisprudence.

La législation intermédiaire avait conservé la séparation ; l'ar-

ticle 14, à la fin, de la loi du 11 brumaire an VII sur le régime hypothécaire, la maintient en faveur des créanciers et des légataires conformément aux lois existantes.

B. *Par qui et contre qui la séparation peut être demandée.*

1613. I. La séparation des patrimoines peut être demandée :

A. Par tous les *créanciers* du défunt, sans distinction de l'origine et de la nature de leur créance, donc aussi par le créancier à terme ou conditionnel, par le créancier chirographaire et par le créancier hypothécaire ; car ce dernier y aurait un intérêt si l'hypothèque était insuffisante ou si elle venait à être contestée (art. 878). L'héritier, qui est en même temps créancier de la succession, peut aussi la demander pour la partie de la créance qui ne s'éteint pas par confusion.

B. Par les *légataires* (code civil, art. 2111 ; loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, art. 39). Ils ont le même intérêt que les créanciers.

La séparation peut être demandée par tous les créanciers ou légataires ensemble, ou par chacun d'eux en particulier.

1614. Les créanciers personnels de l'*héritier*, si son patrimoine est solvable, ne peuvent pas la demander contre les *créanciers de la succession* en cas d'insolvabilité de cette dernière, parce qu'ils ne peuvent pas empêcher leur débiteur de faire de nouvelles dettes en s'obligeant envers les créanciers de la succession par l'acceptation pure et simple (art. 881 ; fr. 1, § 2, D., *h. t.*, 42, 6).

Toutefois les créanciers personnels de l'héritier pourraient, en vertu de l'article 1167, demander la nullité de l'acceptation pure et simple d'une succession obérée, si elle avait eu lieu frauduleusement. (Voy. *suprà*, n° 1409. Pothier, *Successions*, chap. V, art. IV ; fr. 1, § 2, fr. 2 et 3, § 1, D., *Quæ in fraudem creditorum*, 42, 8.)

1615. Le droit de demander la séparation des patrimoines ne peut plus être exercé lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur (art. 879). Cet article est presque textuellement tiré de Pothier, qui se sert aussi du mot *novation*. (*Successions*, chap. V, art. IV.) Il est évi-

dent que les créanciers de la succession qui ont fait une *véritable novation* de la dette avec l'héritier ne peuvent plus demander la séparation des patrimoines, puisqu'ils ont *cessé* d'être créanciers de la succession, la novation ayant pour effet d'*éteindre* la dette ancienne par la création d'une dette nouvelle.

Mais le terme *novation* ne doit pas être pris ici dans son sens propre et technique. (Cass. fr., 3 fév. 1857, D., 1857, 1, 49.) Le créancier de la succession est déchu du bénéfice de séparation en posant un acte, même non extinctif de sa dette, mais par lequel il accepte l'héritier pour débiteur et suit sa foi personnelle : ainsi, par exemple, en acceptant de lui une hypothèque ou un gage pour sûreté de la créance (fr. 1, §§ 10 et 15, D.; *h. t.*, 42, 6). Mais il ne perdrait pas ce bénéfice en accordant à l'héritier un délai ou en le poursuivant en payement de la dette (fr. 7, D., *h. t.*). Si quelques-uns des créanciers seulement avaient accepté l'héritier pour débiteur, la séparation demandée par ceux qui ne l'auraient pas accepté ne profiterait pas aux premiers (fr. 1, § 16, D., *h. t.*).

1616. II. Contre qui et comment la demande peut-elle être formée? L'article 878 dit que la séparation peut être demandée dans tous les cas *contre tout créancier*.

D'après le droit romain, les créanciers du défunt dirigeaient la demande en séparation contre l'héritier; le préteur, après examen de la cause, rendait un décret par lequel il les envoyait en possession de tous les biens de la succession, avec pouvoir de les administrer et de les faire vendre (fr. 1, pr. et § 1, D., *h. t.*, 42, 6, et tit. C., *De rebus auctoritate judicis*, etc., 7, 72). La liquidation de la succession et celle du patrimoine de l'héritier se faisaient séparément.

L'ancienne jurisprudence française ne prescrivait aucune procédure spéciale; même les lettres de chancellerie, autrefois en usage pour obtenir la séparation, étaient tombées en désuétude. (Demolombe, n° 104)

Nos lois ne prescrivent pas de mode spécial d'agir.

Les intérêts distincts nés de la séparation se débattent entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier; c'est pourquoi la loi dit que la séparation peut être demandée contre les *créanciers*. Mais la loi n'exige pas une action individuelle contre *chaque*

créancier de l'héritier ; d'ailleurs les créanciers de la succession pourraient ne pas connaître ceux de l'héritier. C'est pour ce motif qu'il faut admettre que la demande peut être *intentée* contre l'*héritier* seul, et elle peut alors être opposée, par voie d'exception, aux créanciers des héritiers à mesure qu'ils se présentent pour être payés sur les biens de la succession. (Liége, 17 mars 1869, P., 1869, 124 ; Nancy, 4 juillet 1875, D., 1876, 2, 177.)

Le droit de séparation des patrimoines peut être exercé soit contre chaque héritier en particulier, soit contre tous, soit contre tout créancier d'un héritier ou de tous les héritiers. (Mourlon, t. II, p. 199.)

C. *A l'égard de quels biens elle peut être demandée ?*

1617. La séparation des patrimoines s'étend à tous les biens meubles et immeubles de la succession, *pourvu que leur identité puisse encore être établie* ; *Rebus integris*, dit le fr. 1, §§ 12 et 13, D., *h. t.*, 42, 6. Elle peut être établie à l'égard des immeubles, tant qu'ils n'ont pas été aliénés, et la séparation à leur égard peut être *demandée* tant que le droit du créancier n'est pas prescrit, pourvu que le privilége ait été *inscrit* dans les six mois. (Voy. le numéro suivant.)

Quant aux meubles, dont la propriété est moins stable, la loi borne la durée de l'action à trois ans comme maximum, à partir de l'ouverture de la succession (art. 880). L'identité des meubles se constate ordinairement par un inventaire. Mais, s'il y a eu *confusion* avant les trois ans, par exemple si les meubles n'ont pas été inventoriés, s'ils ont été vendus, ou s'il s'agit d'argent comptant, la demande de séparation ne peut plus avoir lieu.

Toutefois, la jurisprudence admet généralement que, si le prix de la vente d'un meuble est encore dû dans le délai des trois ans, il représente l'objet aliéné (*pretium succedit in locum rei*), il n'y a pas confusion, et les créanciers de la succession peuvent en demander la séparation.

Ne peuvent pas être atteints par la séparation de patrimoine

les biens qu'un cohéritier est tenu de rapporter à la succession, parce que le rapport n'est pas dû aux créanciers (art. 843, 857 et *suprà*, n° 1531).

D. *Des effets de la séparation des patrimoines.*

1618. 1. Les créanciers de la succession ont le droit de se faire payer sur les deniers de la succession par *privilége* et avant les créanciers personnels de l'héritier. C'est pourquoi le code et la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 classent parmi les moyens de conserver les priviléges l'inscription du droit de demander la séparation des patrimoines. Ainsi l'ayant droit le moins favorable sur les biens de la succession écarte de ces biens le créancier le plus favorable de l'héritier. Mais entre *les différents créanciers de la succession ou entre les légataires*, la séparation des patrimoines n'établit aucun privilége. Ils sont payés suivant l'ordre de leurs droits respectifs, quand même quelques-uns d'entre eux auraient fait inscrire leur droit à la séparation plus tôt que d'autres.

En ce qui concerne le privilége contre les créanciers de l'héritier, il faut distinguer entre les *meubles* et les *immeubles* de la succession.

A. A l'égard des *meubles*, les créanciers de la succession ont un privilége, à la *seule* condition de former l'action en séparation dans les trois ans de l'ouverture de la succession.

B. A l'égard des *immeubles*, les créanciers de la succession ne conservent leur privilége qu'en prenant inscription sur *chacun de ces immeubles* spécialement dans les *six mois* de l'ouverture de la succession. Jusqu'à l'expiration de ce délai, l'héritier ne peut hypothéquer ni aliéner aucun des immeubles de la succession, afin de ne pas rendre la séparation des patrimoines illusoire (code civil, art. 2111 ; loi hyp. belge, art. 39). Si l'inscription a été prise dans les six mois, les créanciers de la succession conservent leur privilége et ont un droit de suite sur ces immeubles. (Cass. fr., 27 juillet 1870, D., 1871, 1, 352.) Sous le code, l'inscription prise *après* les six mois, mais avant l'aliénation,

assurait encore aux créanciers et légataires une hypothèque prenant rang à la date de l'inscription. Il n'en est plus ainsi sous la nouvelle loi hypothécaire **belge** de 1851. Il résulte des discussions que si l'inscription n'a pas été prise dans les six mois, les deux patrimoines sont confondus, et sur leur masse réunie, les créanciers du défunt et ceux de l'héritier viennent en concurrence. (Voy. Martou, *Des Priviléges et hypothèques*, n° 677; Delebecque, *Commentaire de la loi du* 16 *décembre* 1851, n° 221.)

La loi n'exige pas que la *demande en séparation des patrimoines* soit formée dans les six mois de l'ouverture de la succession; elle ne doit donc pas précéder l'inscription. Il suffit, pour la rendre efficace, qu'elle soit formée lors de la distribution des deniers (art. 880). (Metz, 27 mai 1868, D., 1868, 2, 103.)

1619. 2. Si la séparation des patrimoines n'a été demandée ou obtenue que par quelques-uns des créanciers de la succession, ceux-là seuls en profitent *contre les créanciers de l'héritier*, mais ils n'acquièrent aucun droit de préférence sur les autres créanciers de la succession, qui ne l'ont pas demandée ou obtenue. Ainsi la part de ceux qui n'ont pas demandé la séparation ne vient pas accroître à la part de ceux qui l'ont obtenue. Mais les créanciers de l'héritier viennent en concours avec les premiers sur les biens de la succession, tandis qu'ils ne viennent pas en concours avec les seconds. (Cass. fr., 4 déc. 1871, D., 1871, 1, 249.)

Exemple : La *succession* a un actif de 45,000 francs, un passif de 60,000; il y a trois créanciers chirographaires chacun de 20,000 francs. L'héritier a aussi 60,000 francs de dettes et 15,000 francs d'actif. Trois cas sont possibles :

1er cas. Il y a confusion des deux patrimoines; donc 120,000 fr. de dettes et 60,000 francs d'actif. Chaque créancier aura la moitié ou 50 p. c. de sa créance.

2e cas. Il y a séparation des patrimoines pour *tous* les créanciers. Chaque créancier de la succession aura 75 p. c.; chaque créancier de l'héritier, 25 p. c.

3e cas. Un *seul* des trois créanciers de la succession (A) demande la séparation. A prend la même somme qu'il aurait eue si tous les créanciers avaient demandé la séparation, soit 15,000 fr.

Le reste tombe dans la masse confondue, qui, après le payement de A, se compose ainsi :

L'actif de la succession est de	fr.	30,000
l'actif de l'héritier		15,000
la somme totale des deux patrimoines est de. . .	fr.	45,000
Le passif de la succession est de.		40,000
celui de l'héritier de		60 000
En tout. .	fr.	100,000

Chaque créancier aura donc 45 p. c.

1620. 3. Après le payement des créanciers de la succession, si elle présente encore un excédant d'actif, les créanciers personnels de l'héritier conservent leur droit de se faire payer sur cet excédant. (Cass. fr., 28 avril 1869, D., 1869, 1, 443.)

4. De même, si les créanciers de la suecession ne sont pas intégralement payés, ils ont incontestablement le droit de recourir sur le patrimoine personnel de l'héritier lorsque les créanciers personnels de ce dernier ont été payés et qu'il y a encore un excédant. (Demolombe, XVII, n° 219.) Car la séparation n'a pas lieu dans l'intérêt de l'héritier, mais bien dans l'intérêt des créanciers de la succession. La question était controversée parmi les jurisconsultes romains. L'avis de M. Demolombe est celui de Papinien. (Fr. 3, § 2, comparé avec fr. 1, § 17 et fr. 5, D., *h. t.*, 42, 6; et Pothier, *loc. cit.*)

1621. 5. Mais il y a controverse sur la question de savoir si les créanciers personnels de l'*héritier*, en cas d'insuffisance du patrimoine de la succession, peuvent se faire payer par privilége et à l'exclusion des créanciers du défunt, sur le patrimoine de l'héritier.

En droit romain, la solution était affirmative. (Voy. les lois romaines qui précèdent et Pothier, *loc. cit.*) Elle est admise également sous le code par Marcadé, sur l'article 880; Mourlon, t. II, p. 202, etc.

Pour la négative se prononcent Demolombe, XVII, n[os] 219-221, et les auteurs qu'il cite.

Cette opinion est juste pour les motifs suivants : en acceptant sans bénéfice d'inventaire, l'héritier confond les *deux* patrimoines; à *son* égard, c'est donc comme s'il n'y en avait qu'*un*, qui sert de

gage commun à *tous* ses créanciers, donc aussi à ceux de la succession, qui sont devenus ses créanciers personnels (art. 2093, 2094). Sur ce gage commun, la loi accorde formellement un droit de préférence aux créanciers de la succession, et le refuse formellement aux créanciers personnels de l'héritier (art. 881). A quel titre ces derniers viendraient-ils donc réclamer un privilége sur une partie quelconque de la masse des patrimoines confondus ?

1622. 6. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire a pour effet d'empêcher la confusion entre le patrimoine de la succession et celui de l'héritier. Elle renferme donc de plein droit la séparation des patrimoines au profit des créanciers de la succession. C'est un point constant en jurisprudence aujourd'hui. (Lyon, 13 mars 1867, D., 1867, 2, 214; Nîmes, 6 nov. 1869, D., 1871, 2, 37.) Il suit de là que les créanciers de la succession *ne sont pas tenus* de demander la séparation des patrimoines pour qu'elle ait lieu à leur profit; et, malgré l'avis contraire de quelques auteurs, il faut en dire autant de l'inscription prescrite par l'article 2111 (39 de la loi belge du 16 décembre 1851); car l'héritier bénéficiaire doit conserver et administrer la succession comme un patrimoine séparé et en rendre compte aux créanciers et aux légataires (art. 803). (Voy. *suprà,* n°s 1453, 1456 et suiv.)

Mais le bénéfice d'inventaire n'enlève pas aux créanciers et aux légataires le *droit* de demander la séparation des patrimoines ou de requérir l'inscription prescrite à cet effet. Il est même prudent de la demander pour éviter la confusion qui pourrait avoir lieu si, pour une des causes prévues par la loi, l'héritier était déchu du bénéfice d'inventaire et devenait héritier pur et simple, par exemple en recélant ou en aliénant les biens de la succession sans la forme prescrite par la loi. (Voy. *suprà,* n° 1466.) Ce dernier point est controversé. D'après une autre opinion, la séparation continuerait de subsister à l'égard des créanciers, alors même que l'héritier bénéficiaire deviendrait plus tard héritier pur et simple. (Voy., en ce sens, cass. fr., 8 juin 1863, D., 1863, 1, 273 et la note.)

La séparation des patrimoines existe de plein droit si la succession est *vacante*. Il n'y a pas d'héritier avec le patrimoine duquel la succession puisse se confondre.

IV. DE L'INTERVENTION DES CRÉANCIERS D'UN DES COPARTAGEANTS (art. 882).

1623. La séparation des patrimoines est introduite dans l'intérêt des créanciers *du défunt*.

L'article 882 a pour objet l'intérêt des créanciers des *cohéritiers* ou *copartageants*. Son but est de prévenir que le partage ne se fasse en fraude des droits des créanciers ou autres ayants cause, par exemple cessionnaires ou acquéreurs des droits d'un copartageant. Il est ainsi conçu :

« Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. »

Cette intervention existait déjà dans l'ancien droit. (Voy. Pothier, *Successions*, chap. IV, art. V, § 1, à la fin.)

On peut faire le partage en fraude des droits du créancier de plusieurs manières; par exemple, en ne donnant pas au copartageant toute sa part; ou en lui donnant des choses faciles à détourner; en lui faisant faire en nature le rapport d'un immeuble hypothéqué; ou en ne mettant pas dans son lot un immeuble hypothéqué pendant l'indivision, etc. Les créanciers n'ont pas le droit d'exercer une influence sur le mode de faire le partage, ni de s'opposer à ce qu'il se fasse conformément à la manière convenue entre les cohéritiers.

Ainsi, par exemple, ils ne peuvent pas s'opposer à ce que les héritiers procèdent à la vente des immeubles communs, si ce mode ne leur porte aucun préjudice. (Bruxelles, 18 janvier 1851, P., 1853, 20, et Bruxelles, 2 juillet 1875, P., 1875, 349 et la note.)

Les créanciers du copartageant peuvent intervenir au partage et s'opposer à ce qu'il ait lieu hors de leur présence, en faisant notifier leur volonté à tous les copartageants par acte d'huissier extrajudiciaire. Ils peuvent intervenir pour la première fois en appel. (Bruxelles, 26 février 1868, B. J., t. 26, p. 1505.) Il a

été décidé aussi que l'opposition aux scellés, faite par un créancier (voy. *suprà*, n° 1486) équivaut à une opposition au partage. (Dijon, 16 mars 1874, D., 1876, 5, 327.)

Il en est de même de l'action par laquelle le créancier provoque le partage judiciaire des biens indivis entre son débiteur et d'autres copropriétaires. (Liége, 20 juin 1868, P., 1869, 110; Bruxelles, 7 août 1871, P., 1873, 155; cass. fr., 29 juillet 1867, D., 1868, 1, 34.)

1624. L'article 882 donne lieu à une grande controverse. Les créanciers d'un copartageant, qui ne sont pas intervenus et n'ont pas fait opposition, peuvent-ils attaquer l'acte de partage en alléguant qu'il est le résultat d'un concert frauduleux entre tous les copartageants ?

Quelques jurisconsultes admettent que le créancier non opposant ne perd que le droit d'attaquer le partage fait *sans fraude*, mais que, quand même il n'aurait pas fait opposition, il conserve toujours le droit d'attaquer le partage *frauduleux*. Le partage sans fraude ne peut être attaqué.

En présence des textes du code, cette opinion nous paraît inadmissible.

En effet, l'article 1167, alin. 1er, permet d'une manière très-générale aux créanciers d'attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. A cette règle générale le second alinéa apporte une restriction en ces termes : « Ils doivent *néanmoins*, quant à leurs droits énoncés au titre *Des Successions*, etc., se conformer aux *règles qui y sont prescrites*. » Or, le législateur a rendu plus difficile l'attaque contre un partage que contre tout autre acte, parce qu'il ne s'agit pas de renverser un contrat isolé intervenu entre le débiteur et un tiers, mais un acte qui peut intéresser un grand nombre de personnes, même une famille tout entière, dont les intérêts seraient remis en question, et parmi lesquelles il pourrait y en avoir toujours plusieurs qui ignorent la fraude. Les clauses d'un partage sont souvent connexes. Les inconvénients de la rescision d'un semblable acte motivent l'exception contenue dans l'article 882, qui ne permet d'attaquer un partage *consommé* que lorsqu'il y a été procédé : 1° ou bien *sans* les créanciers s'ils sont intervenus; 2° ou au *préjudice d'une opposition* qu'ils auraient

formée. Donc, le partage est *inattaquable* si les créanciers n'y sont pas intervenus et n'y ont pas fait opposition, à moins que l'acte de partage ne soit tout à fait simulé. (Lyon, 9 juin 1876, D., 1878, 2, 13; Chambéry, 29 nov. 1876, D., 1878, 2, 215; Paris, 10 août 1877, D., 1878, 2, 172, et les notes.)

Les motifs de cette exception à la règle générale du premier alinéa de l'article 1167 sont d'ailleurs très-rationnels.

D'autres dispositions de la loi prouvent également la tendance du législateur à maintenir les partages : ce sont les articles 885, 887, alinéa 2, et surtout 891, dont nous traiterons dans les deux sections suivantes. (Voy., en ce sens, Demolombe, XVII, nos 240-243.)

SECTION IV.

DE L'EFFET DU PARTAGE ET DE LA GARANTIE DES LOTS (art. 883-886).

I. DE L'EFFET DU PARTAGE.

A. *Introduction historique.*

1625. L'ouverture de la succession fait naître entre plusieurs cohéritiers une *indivision ;* le partage la fait cesser. Le droit romain considère le partage comme *translatif* et *attributif* de propriété. Chaque cohéritier, étant propriétaire d'une portion idéale et indivise de *tous les objets* de la succession, transfère à son cohéritier *tous ses droits indivis* sur les choses qui forment le lot de ce dernier. De cette manière, chaque cohéritier devient propriétaire exclusif et *pro diviso* des choses qui composent son lot, mais il ne le devient *qu'à partir du moment du partage* et par le transfert même. Si donc l'un des cohéritiers avait, pendant l'indivision, grevé sa part indivise d'hypothèques ou d'autres droits réels, par exemple d'un usufruit, ces droits continueraient d'affecter les objets de la succession.

Un principe tout différent, et dont l'article 883 du code est la reproduction, a prévalu dans l'ancienne jurisprudence française

depuis le milieu du XVIe siècle, mais son origine remonte à l'époque féodale. « Il n'est peut-être aucune autre époque, dans les annales de notre droit, qui nous montre le génie des jurisconsultes français luttant avec plus de souplesse et de persévérance contre les prétentions de la féodalité », dit M. Demolombe, XVII, n° 256.

Tant que le partage était considéré comme un acte *translatif* de propriété, il était soumis au payement des droits seigneuriaux de lods et ventes; et comme le décès avait opéré une *première* mutation, le changement du droit du défunt en une indivision au profit des héritiers, les seigneurs perçurent *deux fois* les droits de mutation à de courts intervalles.

Pour éviter cette double charge, les jurisconsultes établirent la maxime que, dès que le partage était opéré, il devait avoir un effet rétroactif, ou simplement *déclaratif* (ou *dénominatif*, comme dit Pothier) des droits des cohéritiers; que chacun d'eux devait être considéré comme ayant reçu immédiatement et directement du défunt les objets compris dans son lot, et que l'indivision était censée n'avoir pas existé.

Cette maxime triompha d'abord dans le régime féodal et fiscal; de là est né l'adage : « De partage, licitation et adjudication entre cohéritiers ou comparçonniers, ne sont dus lods ne ventes. » (Loysel, *Inst. cout.*, n° 542.)

Une fois établie, les jurisconsultes cherchèrent à la fonder sur un principe scientifique, et finirent par la faire admettre d'une manière générale dans le droit civil, en en tirant toutes les conséquences, d'autant plus qu'elle offrait encore cette *utilité* d'empêcher que pendant l'indivision l'un des cohéritiers ne grevât sa part indivise d'hypothèques ou d'autres droits réels, qui, d'après le principe du droit romain, continuaient de grever les parts des autres après le partage. La règle doit donc son origine à un double *but d'utilité* (*utilitatis causâ introducta*).

Pour justifier la nouvelle règle sous le point de vue scientifique, les jurisconsultes disaient que chaque cohéritier était propriétaire, sous une condition *suspensive*, des effets compris dans son lot, et copropriétaire, sous une condition *résolutoire*, des biens qui seraient compris dans le lot de ses cohéritiers.

Les jurisconsultes finirent par considérer l'effet rétroactif du

partage comme une conséquence de la maxime : *le mort saisit le vif*. L'héritier était censé saisi, du jour du décès, de tout ce qu'il devait avoir par l'événement du partage. (Lebrun, *Traité des Successions*, liv. IV, chap. I, n° 36; voy. Demolombe, XVII, n°s 253-267.)

Le principe de l'effet rétroactif du partage était admis depuis le XVIe siècle. Il fut également suivi par le droit coutumier de Brabant. (Bruxelles, 12 juin 1817, P., 429 ; jugement du tribunal civil de Bruxelles du 26 décembre 1866, B. J., t. 25, 148-158, et le réquisitoire.)

Par identité de motifs, le principe de l'article 883 s'applique non-seulement au partage des successions, mais généralement à tous les cas d'indivision, par exemple à la communauté entre époux (art. 1408, 1476), à la société (1872) et aux simples communautés incidentes (*communio incidens*).

B. *A quels biens s'applique la règle de l'article* 883 ?

1626. L'article 883 porte : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Ce principe s'applique sans aucun doute à tous les biens *corporels* meubles et immeubles de la succession, et aussi aux biens incorporels qui ne sont pas susceptibles de division (arg. article 1423).

Mais est-il applicable aux *créances héréditaires ?* Avant de discuter cette question, il importe d'en montrer l'intérêt pratique.

1627. D'après les XII Tables, dont le principe est reproduit dans les fr. 2, § 5 et fr. 3, D., *Familiæ erciscundæ*, 10, 2, et l. 6, C., *eod.*, 3, 36, les créances héréditaires se divisent de *plein droit* entre les héritiers, suivant leurs portions héréditaires.

De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1° Chaque héritier ne peut demander que la part dont il est saisi (sauf l'indivisibilité) ;

2° Tout héritier peut valablement céder sa part héréditaire dans chacune des créances;

3° Le débiteur d'une créance héréditaire se libère valablement

en partie, s'il paye à l'un des héritiers la part de la créance dont celui-ci est saisi;

4° Si un des héritiers est de son chef débiteur d'un débiteur de la succession, sa part dans la créance héréditaire se compense de plein droit jusqu'à due concurrence avec sa dette personnelle; par exemple, A doit 5,000 francs à la succession appartenant à Primus et à Secundus. Primus doit 6,000 francs à A; la compensation s'opère jusqu'à concurrence de 2,500 francs; Primus ne doit plus que 3,500 francs à A;

5° Les créanciers personnels de l'un des héritiers peuvent frapper de saisie-arrêt sa part dans les créances héréditaires, et faire ordonner que les débiteurs de ces créances payeront entre les mains des saisissants jusqu'à concurrence de la part de cet héritier (arg. art. 1166).

1628. Ces effets sont-ils modifiés par l'article 883? Ou bien le principe de l'effet rétroactif du partage, proclamé par cet article, s'applique-t-il aux créances héréditaires?

La question est très-controversée. Il y a trois opinions :

1° La première applique d'*une manière absolue* le principe de la rétroactivité aux créances héréditaires; elle se fonde sur la généralité des termes de l'article 883. (Cass. fr., 20 déc. 1848, D., 1849, 1, 81 et la note.)

2° Suivant une autre opinion, l'article 883 est tout à fait inapplicable aux créances. Elles se divisent de plein droit par la loi, et par conséquent elles sont exclues du partage. Toutefois, comme, d'après l'article 832, il convient de faire entrer dans chaque lot la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits et de créances, les héritiers peuvent les comprendre dans le partage. Mais alors le partage des créances consiste dans les *cessions* ou *transports* que les cohéritiers se font réciproquement, ou font à l'un ou à plusieurs d'entre eux, de leur part héréditaire. Cette cession n'a d'effet que *du jour du partage*, et, à l'égard des tiers, du jour de la signification faite au débiteur. Jusqu'à ce jour, tous les effets indiqués au numéro précédent peuvent se produire.

Cette opinion nous paraît juste. Elle peut invoquer d'abord le texte de l'article 1220, d'après lequel les héritiers ne peuvent demander la dette que pour les parts dont ils sont saisis comme

représentant le créancier; ensuite l'article 883, d'après lequel le cohéritier est censé n'avoir jamais eu la *propriété* des effets non compris dans son lot. Le mot *propriété* prouve que la loi ne s'applique qu'aux choses sur lesquelles on peut avoir un *droit réel;* dans le langage juridique correct, on ne dit pas propriété d'une créance. D'après l'ancien droit, les créances héréditaires ne tombaient pas sous la règle de la rétroactivité du partage. (Voy. Demolombe, XVII, n° 295.) Pothier n'en dit rien. Dans le chapitre des *Obligations divisibles,* dont il traite longuement, il n'aurait certes pas omis de mentionner l'effet *rétroactif du partage* comme une des causes qui pourraient modifier les effets de la divisibilité des créances entre cohéritiers. Enfin, le principe de l'article 883 n'est pas juridique; c'est une fiction introduite pour cause d'*utilité* contre la rigueur du droit, et les fictions ne doivent pas être extensivement interprétées. (Cass. fr., 17 janvier 1870, D., 1870, 1, 303 ; Gand, 14 août 1871, P., 1872, 17.)

3° La troisième opinion distingue. En principe, elle applique l'article 883 ; mais, *jusqu'au partage,* elle admet la division avec les conséquences indiquées au numéro précédent. C'est ainsi qu'elle concilie l'article 1220 avec les articles 832 et 883. C'est l'avis de Demolombe, n°s 291-298.

Faisons d'abord observer que cette opinion coïncide presque avec la deuxième quant à ses effets, et que par les exceptions qu'elle admet à l'article 883, elle en détruit presque entièrement le principe.

La différence entre ces deux dernières opinions se réduit à ceci : dans le système de la deuxième opinion, le débiteur pourrait payer à chaque cohéritier sa part, tant que la cession opérée par le partage ne lui a pas été *notifiée;* d'après la troisième opinion, il suffit qu'il ait eu connaissance du résultat du partage, pour ne plus pouvoir payer qu'entre les mains de celui à qui la créance est échue.

La divisibilité des créances vient à cesser par rapport au débiteur, si la cause qui a opéré la division vient à cesser, par exemple lorsqu'un des héritiers réunit sur sa tête les parts des autres par cession, par succession ou par suite du partage. Alors le débiteur ne peut plus rembourser par parties. (Pothier, *Traité des Obligations,* n° 319.)

C. *A quels actes de partage s'applique la règle de la rétroactivité.*

1629. La règle s'applique à tous les partages et à tous les actes équipollents au partage qui font cesser l'indivision d'une manière absolue entre tous les cohéritiers, quels qu'en soient le caractère ou la dénomination; donc au partage ordinaire en nature, à celui avec soulte ou retour de lots, c'est-à-dire au cas où un cohéritier a reçu en biens de la succession plus que sa part à la charge de payer une certaine somme en argent (soulte) à un ou à plusieurs de ses cohéritiers (art. 832, 833); aux prélèvements (art. 829, 830); à la licitation ou vente d'un objet de la succession faite *à un des cohéritiers.* Elle s'applique aussi aux successions bénéficiaires. (Nancy, 6 nov. 1869, D., 1871, 2, 37.)

Mais elle n'est pas applicable au cas où le bien licité a été adjugé à un tiers étranger à la succession. Car l'article 883 dit que le cohéritier est censé avoir succédé seul à tous les effets compris *dans son lot* ou *à lui échus sur licitation.* Or, le tiers qui n'est pas héritier n'a pas succédé au défunt; l'adjudication sur licitation, par laquelle il est devenu acquéreur, est pour lui une vente ou cession ordinaire faite par tous les cohéritiers conjointement et par chacun pour sa part et portion.

Le principe de l'article 883 s'applique pareillement au partage *partiel* d'un ou de quelques-uns des effets de la succession, parce qu'*à l'égard de ces effets*, il fait cesser l'indivision ; de même et par la même raison, à la vente d'un objet de la succession faite par tous les cohéritiers à l'un d'entre eux, ou à la cession des droits successifs faite par *tous* les cohéritiers à l'un d'entre eux.

1630. La règle de la rétroactivité ne s'applique pas au cas où la cession des droits successifs aurait été faite à l'un des cohéritiers *à titre gratuit*, lors même qu'elle aurait fait cesser l'indivision d'une manière absolue à l'égard de tous les cohéritiers. Car le partage est un acte essentiellement à titre onéreux. L'héritier donataire de ses cohéritiers n'a pas succédé immédiatement au défunt en ce qui concerne les objets qui lui sont *donnés ;* le droit de les prendre et de les conserver ne provient pas du défunt, mais il lui a été attribué par ses cohéritiers ; il est donc l'ayant

cause des donateurs quant à la part qui devait revenir à ceux-ci. (Zachariæ, § 625, t. II, p. 460, note 1 ; Demolombe, n° 283.)

Il n'y a pas lieu non plus d'appliquer la règle dans les deux cas suivants : 1° lorsque quelques-uns des cohéritiers se rendent adjudicataires d'un bien sur licitation (Cass. fr., 8 mars 1875, D., 1876, 1, 369) ; 2° lorsqu'un ou plusieurs cohéritiers ont cédé leurs droits successifs non pas à tous leurs cohéritiers, mais seulement à l'un ou à plusieurs d'entre eux. Ces actes ne sont pas des actes de partage et ne font pas cesser l'indivision. L'hypothèse de l'article 883 n'est donc pas réalisée. Toutefois ces questions sont controversées. (Zachariæ, § 625, t. II, p. 460, notes 5 et 6 ; Demolombe, n°s 284-288.)

D. *Conséquences du principe de l'article* 883.

1631. 1° Les hypothèques, les servitudes et autres droits réels établis par l'un des cohéritiers, soit sur tous les immeubles ou sur quelques immeubles de la succession, soit sur sa part indivise dans la totalité ou dans une partie de ces immeubles, ainsi que les aliénations immobilières consenties par l'un des cohéritiers, deviennent caduques en tant qu'elles portent sur des immeubles qui par l'effet du partage (ou d'un acte équivalent) passent aux mains de ses cohéritiers ; et ces mêmes droits et aliénations continuent à subsister à l'égard des immeubles dont il devient propriétaire exclusif. (Zachariæ, § 625, t. II, p. 460 ; cass. fr., 12 mai 1875, D., 1876, 1, 504.)

Il suit de cette règle, combinée avec celle de la spécialité des hypothèques, que, lorsque l'hypothèque consentie par l'un des cohéritiers sur un ou plusieurs immeubles de la succession vient à s'évanouir par l'effet du partage, elle ne se transporte pas sur les immeubles non hypothéqués échus au constituant.

Si l'immeuble dont un des cohéritiers aurait hypothéqué sa part indivise était adjugé sur licitation à un tiers non cohéritier, l'hypothèque continuerait de subsister, parce que, en principe, on peut hypothéquer une part indivise. (*Contrà,* Paris, 3 juillet 1872, D. 1874, 2, 23.) Mais il n'en serait pas de même des servitudes, parce que l'un des copropriétaires ne peut pas établir une servitude sans le consentement de l'autre.

2° Les partages, licitations, ventes ou autres actes y équipollents ne sont pas soumis à l'action résolutoire pour défaut du payement de la soulte ou du prix, contrairement à la règle de l'article 1184. Les intérêts des cohéritiers sont garantis par le privilége que leur accordent l'article 2103, n° 3, du code et la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, article 27 4°, 33, 35. Car chacun des cohéritiers est censé ne rien tenir de ses cohéritiers, mais tenir tout du défunt. De plus, il y a un puissant motif d'utilité à ne pas laisser résilier le partage. C'est celui exposé *suprà*, n° 1624.

II. DE LA GARANTIE DES LOTS.

A. *Principe et fondement juridique.*

1632. « Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns envers les autres, des troubles et évictions seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage » (art. 884, alin. 1er.)

En droit romain, l'obligation de garantie était une conséquence du transfert que chaque cohéritier faisait de ses droits à son cohéritier. (L, 14, C., *Familiæ erciscundæ*, 3, 36; l. 7, C., *Communia utriusque*, 3, 38.)

En droit français, le partage n'étant pas translatif de propriété, il est plus difficile de trouver une base juridique à la garantie. Pothier donne pour raison la nécessité de l'égalité qui doit régner dans les partages, égalité qui serait troublée par l'éviction d'un objet tombé dans le lot de l'un des copartageants. « Quelques coutumes, dit-il, ont des dispositions y relatives ; et il n'est pas douteux qu'elle a lieu dans celles qui ne s'en expliquent pas, étant fondée sur une équité naturelle. »

Toutefois on ne peut pas entièrement faire abstraction de l'idée du droit romain. Le principe de la rétroactivité du partage a été introduit pour des raisons d'utilité; mais, en *réalité*, il y a eu indivision, et c'est par un concours des volontés des cohéritiers qu'a été établi l'état de choses qui, par pure fiction, est *censé* avoir suivi immédiatement le décès du *de cujus*.

La garantie a lieu de plein droit dans les partages judiciaires comme dans les partages à l'amiable.

B. *Contre quels troubles elle a lieu.*

1633. Pour qu'il y ait lieu à garantie, il faut que le trouble soit :

1° Un *trouble de droit*, c'est-à-dire le droit d'une autre personne sur la chose tombée dans le lot d'un cohéritier. Ainsi, il n'y a pas lieu à garantie contre des voies de fait, ni contre les faits du prince; 2° que la cause du trouble soit *antérieure* au partage, par exemple une vente, ou hypothèque ou servitude consentie par le testateur; donc, il n'y a pas de garantie contre une expropriation pour cause d'utilité publique ayant eu lieu *après* le partage; 3° que le cohéritier n'ait pas souffert le trouble par sa *faute;* il n'y a donc pas lieu à garantie contre les droits que l'héritier a lui-même consentis sur la chose *avant* ou *après* le partage.

L'héritier est en faute lorsqu'il n'a pas opposé les moyens de défense qu'il aurait pu opposer, par exemple la prescription acquise.

La garantie a aussi pour objet les servitudes; c'est-à-dire que les cohéritiers doivent garantir l'existence des servitudes actives déclarées comme accessoires des fonds, et qu'ils doivent garantir la non-existence des servitudes passives, autres que des servitudes *apparentes* et des servitudes légales (arg. art. 694, 1638).

Les cohéritiers sont également tenus de se garantir non-seulement l'*existence, au jour du partage,* des créances héréditaires, mais aussi la *solvabilité, à la même époque,* des débiteurs de ces créances (art. 1693). Mais il n'y a pas lieu à garantie à raison de l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé (article 886, alin. 2). Car, à partir de ce moment, les objets attribués à chaque héritier sont à ses risques et périls.

L'article 1694 n'est pas applicable ici. Car la position du cohéritier est plus favorable que celle d'un cessionnaire, qui souvent spécule sur un avantage en achetant la créance au-dessous de sa valeur.

Les cohéritiers doivent aussi se garantir la contenance des

immeubles, lorsque les immeubles leur ont été assignés pour une valeur calculée à raison de la contenance.

Mais la loi ne leur impose pas la garantie à raison des vices ou défauts cachés des objets qui leur sont échus. L'existence de ces vices pourrait donner lieu à une action en rescision, s'il y avait lésion de plus d'un quart (art. 887).

C. *De l'indemnité due en cas d'éviction.*

1634. Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causée l'éviction. — Si l'un des cohéritiers se trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables (art. 885).

Si les cohéritiers ne peuvent pas faire cesser le trouble, ils doivent indemniser le cohéritier évincé *de la perte que lui a causée l'éviction*. De là il suit que la chose dont un cohéritier a été évincé doit être estimée eu égard à sa valeur au *moment de l'éviction* et non au *moment du partage*, comme le disent quelques auteurs. Car sa perte consiste dans la privation de la valeur que la chose avait au moment où le cohéritier en est privé. (Bruxelles, 11 mars 1876, P., 1876, 319.)

Chacun des cohéritiers n'est tenu de cette indemnité que *personnellement pour sa part*, nonobstant le privilége de l'un sur le lot de l'autre. L'article 885, alin. 1, est une autre application de la règle énoncée dans l'article 875. La loi n'ajoute pas : *hypothécairement pour le tout*.

Si l'un des cohéritiers se trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit se répartir entre tous, *proportionnellement* à la part *de chacun*; c'est là le sens du mot *également* dans l'article 885. (Voy. *suprà*, n° 1592.)

D. *Des moyens de faire valoir la garantie.*

1635. Il n'y a pas lieu à rescision du partage pour cause d'éviction, pour les raisons exposées (*suprà*, n° 1624). Pour sûreté de leur garantie, les cohéritiers ont un privilége sur tous les immeubles de la succession, sauf restriction à quelques-uns

de ces immeubles par l'acte de partage (art. 2103, 3°; loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, art. 27, 4°; art. 33-37). Toutefois le recours ne peut être exercé contre chacun que pour sa part héréditaire.

La garantie peut être poursuivie par action *principale* en dommages-intérêts après l'*éviction subie*, ou bien par action *incidente*, par l'appel en garantie des cohéritiers sur une poursuite en éviction dirigée contre l'un d'eux. L'héritier poursuivi doit appeler les autres en garantie, autrement il peut y avoir lieu d'appliquer l'article 1640.

E. *Des cas dans lesquels il n'y a pas lieu à garantie.*

1636. La garantie n'a pas lieu :

1° Si l'*espèce* d'éviction soufferte a été exceptée par une clause *particulière* et *expresse* de l'acte de partage (art. 884, alin. 2). Cette disposition est limitative. Les termes de la loi s'opposent à ce que les copartageants conviennent d'une *manière générale* qu'ils ne se devront aucune garantie, et à ce que l'on admette une renonciation tacite. La loi n'a pas voulu que la stipulation de non-garantie devînt une clause de style dans les actes de partage. Pour que la garantie n'ait pas lieu, il faut donc, ou que la *cause* de l'éviction contre laquelle les héritiers ne veulent pas garantir soit indiquée, ou que les biens exempts de la garantie soient désignés.

Si l'héritier avait, au moment du partage, connu le danger de l'éviction, il ne serait pas privé de la garantie, à moins qu'il ne résultât à l'évidence de l'acte de partage que ce danger avait été pris en considération pour évaluer le bien.

2° Si l'éviction a été soufferte par la faute du cohéritier (article 884, alin. 2, et n° 1633).

F. *De la durée de la garantie.*

1637. En règle générale, l'action en garantie dure trente ans à dater de l'éviction ou du trouble (art. 2262 et 2257).

1638. L'article 886, relatif à la prescription de la garantie d'une rente, contient une exception à cette règle assez difficile à

motiver. Il porte : « La garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le partage. Il n'y a pas lieu à garantie à raison de l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé. »

Anciennement l'obligation de garantie de la solvabilité future du débiteur d'une rente était perpétuelle, c'est-à-dire durait jusqu'au remboursement de la rente, que le débiteur pouvait toujours offrir, mais que le créancier ne pouvait jamais exiger. Pour éviter cet inconvénient, on stipulait ordinairement, dans les actes de partage, que les copartageants ne seraient pas garants de la solvabilité du débiteur de la rente ou qu'ils n'en seraient garants que pendant un certain temps, par exemple pendant dix ans après le partage. (Pothier, *Successions*, chap. IV, art. V, § 3.)

Les auteurs du code, sur l'observation du tribunal de cassation, ont supprimé la garantie de la *solvabilité future* du débiteur, en assimilant, selon l'avis de Pothier, l'insolvabilité du débiteur à l'incendie d'une maison échue à un des copartageants. Cela était rationnel.

Mais pourquoi l'action en garantie à raison de l'*insolvabilité déjà existante au moment du partage* n'a-t-elle pas la durée ordinaire de trente ans? Il est difficile de donner un motif. Peut-être parce que le législateur a pensé qu'après un délai plus ou moins long expiré depuis le partage, il serait difficile de faire la preuve que le débiteur était déjà insolvable *antérieurement*. (Voy. Demolombe, XVII, nos 372-377.)

La courte prescription de l'article 886 ne s'applique pas à la garantie de l'*existence même* de la rente, ni à celle de la solvabilité du débiteur au moment du partage d'une créance exigible; ces garanties tombent sous la règle générale.

SECTION V.

DE LA RESCISION EN MATIÈRE DE PARTAGE (art. 887-892).

I. DES CAUSES DE LA RESCISION.

A. *En général.*

1639. Le partage est une convention. En principe, il peut donc être annulé ou rescindé pour les causes qui donnent lieu à la rescision des conventions en général, c'est-à-dire pour dol, violence, incapacité des parties contractantes, vice de forme là où une forme particulière est prescrite. Dans ce cas, le partage est rescindable indépendamment de toute lésion.

La rescision du partage pour une des causes qui viennent d'être mentionnées est, en ce qui concerne ses effets, sa durée, la confirmation ou la ratification dont elle est susceptible, les fins de non-recevoir qui peuvent y être opposées, en général soumise aux règles sur la nullité et la rescision des autres conventions, sauf les exceptions qui seront ci-après indiquées (voy. art. 1304-1314, 1337, 1338).

1640. La règle du numéro précédent souffre deux modifications, l'une *restrictive*, l'autre *extensive* du droit commun.

1° La modification restrictive consiste en ce que, contrairement à l'ancien droit et à la règle de l'article 1110 du code, le partage ne peut pas être *attaqué pour cause d'erreur*. Maintenue comme cause de nullité dans le projet de la commission, elle fut supprimée par la section du conseil d'État, par le motif qu'elle *se confond avec la lésion* ou avec un autre moyen d'attaquer le partage ou de réparer le dommage, ou bien qu'elle est indifférente.

Voici, en effet, les *principaux* cas d'erreur dans lesquels la réparation peut être obtenue sans recourir à l'annulation du partage.

On a *omis* quelques objets dans le partage, il y a lieu à un partage supplémentaire. Ce cas est formellement prévu par l'article 887, alin. 2.

On y a *compris* des objets appartenant à un tiers et le copartageant à qui ils sont échus en est évincé; il a l'action en garantie (art. 884).

Il y a erreur dans l'évaluation des objets; il y a lieu à la rescision pour lésion, si la lésion dépasse le quart (art. 887, alin. 2).

On a admis un copartageant qui n'avait pas la qualité d'héritier. On a contre lui la pétition d'hérédité ou la *condictio indebiti*, et sa portion devient l'objet d'un partage supplémentaire. Du reste, le partage serait à son égard sans cause, donc nul.

Il en serait de même si l'on avait attribué à l'un des copartageants une part héréditaire trop forte.

Si un des cohéritiers n'a pas figuré dans le partage, il faut en faire un nouveau (arg. art. 1078).

D'après ce qui précède, il n'y a pas de remède contre le préjudice résultant d'une évaluation erronée, et qui n'atteint pas le quart. La loi le considère comme indifférent. (Voy. séance du conseil d'État du 23 nivôse an XI, n° 32, Locré, p. 142.) Il y a donc dans ce cas une lacune dans la loi.

1641. 2° La modification est *extensive* en ce que la rescision du partage est admise lorsqu'un des cohéritiers établit à son préjudice une *lésion de plus du quart* (art. 887, alin. 2).

En règle, la *lésion* ne vicie pas les conventions, à moins d'une disposition formelle de la loi (art. 1118).

Le droit romain admettait la rescision du partage pour lésion, mais les interprètes étaient divisés sur le point de savoir si *toute* lésion d'une certaine importance pouvait avoir cet effet, ou bien, s'il fallait, comme dans la vente, une lésion de plus de la moitié (*ultra dimidium*). Les lois 1 et 3, C., *Communia utriusque judicii*, 3, 38, avaient fait naître cette controverse. Pothier dit qu'en France c'était une très-ancienne jurisprudence (elle date probablement déjà du XVIe siècle) que la lésion du *tiers au quart* (c'est-à-dire qui *passe le quart*) suffit pour restituer un majeur contre un partage. (*Successions*, chap. IV, art. VI.)

La lésion est une cause de rescision parce que le partage n'est pas un acte de spéculation, « un contrat de commerce », comme dit Pothier, dans lequel chaque partie cherche un bénéfice aux dépens de l'autre; c'est une opération qui doit donner à chaque partie *divisément* ce qu'elle avait auparavant *indivisément*. L'égalité

est donc là base et l'âme des partages. C'est pourquoi il ne faut pas, comme dans la vente, une lésion d'outre-moitié pour donner lieu à la rescision. (Chabot, rapport, n° 62; Siméon, discours au Tribunat, n° 40; Locré, p. 268 et 303.)

B. *Spécialement de la lésion.*

1642. Un cohéritier est lésé de *plus d'un quart* lorsque les objets compris dans son lot ne représentent, au moment du partage, qu'une valeur inférieure de plus d'un quart à la valeur qu'il aurait dû recevoir. Pour juger s'il y a lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage (art. 890).

Il n'y a donc pas lieu à lésion lorsque l'un des héritiers a dans son lot *un quart de plus* que ce à quoi il a droit, si la perte qui résulte de cette inégalité est répartie entre les autres héritiers de telle manière *qu'aucun d'eux* n'éprouve une lésion du plus du quart. (Mourlon, *Répétitions écrites*, II, p. 213.)

Le cohéritier qui fonde sur la lésion sa demande en rescision du partage n'a pas besoin d'établir qu'il y a eu dol ou violence, ni qu'il n'a pas suffisamment connu les lots ou le lot qu'il a acceptés. (Arg. de l'article 1674.) Pour établir la lésion, il n'y a pas lieu de suivre les règles établies dans la rescision des ventes d'immeubles pour cause de lésion. On suit la procédure ordinaire. (Liége, 12 déc. 1868, P. 1869, 162.)

1643. « L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière. — Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé » (art. 888).

Ainsi, par exemple, l'action rescisoire est admissible contre un acte qualifié de compte de tutelle avenu entre la mère et son fils. (Brux., 11 nov. 1868, P. 1869, 197.)

Cette disposition s'applique également au cas où l'acte a eu pour objet de faire cesser l'indivision pour une partie seulement des choses héréditaires, ou seulement à l'égard de quelques-uns

des cohéritiers (arg. art. 889; cass. fr., 28 juin 1859, D. 1859, 299, et Gand, 25 juillet 1874, P. 1875, 178); au partage amiable ou au partage judiciaire lorsque la justice n'est intervenue que pour l'*homologuer*. Mais il en serait autrement si un jugement passé en force de chose jugée avait été rendu sur des différends élevés au sujet des opérations mêmes du partage, par exemple snr le point de savoir si les lots formés d'après l'estimation des experts sont égaux ou non. La chose jugée serait alors définitive.

Le motif de cette disposition se trouve déjà dans Pothier; c'est d'empêcher que les copartageants n'éludent la loi et ne rendent le partage inattaquable en cas de lésion, en le déguisant sous la forme ou sous la dénomination d'une vente, qui ne peut être attaquée que pour lésion de plus des sept douzièmes, ou d'une *transaction*, qui, sous l'ancien droit comme d'après le code (art. 2052, alin. 2), ne peut être attaquée pour cause de lésion. (Pothier. *Successions*, chap. IV, art. VI; Chabot, rapport, n° 62; Locré, p. 268.)

Quant à la *transaction* qui a roulé sur des *difficultés réelles*, il ne nous semble pas absolument nécessaire qu'elle ait été conclue *après* le partage pour être à l'abri de l'attaque pour lésion. C'est là une question d'appréciation du magistrat, qui doit examiner principalement si les parties ont eu l'intention d'éluder la loi ou non. D'ailleurs il sera quelquefois impossible de procéder à un partage définitif sans avoir préalablement écarté certaines difficultés par une transaction. C'était aussi l'idée du projet primitif, art. 217, et de Tronchet au conseil d'État. (Locré, p. 142.)

1644. Au premier abord il semble y avoir contradiction entre la règle qui précède et l'article 889 portant : « L'action n'est pas admise contre une vente de droit successif faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers, ou par l'un d'eux. »

Mais la loi a en vue deux hypothèses différentes que Pothier, à qui cette disposition a été empruntée, distinguait déjà. Dans le cas de l'art. 888, le cohéritier veut prendre, en vertu de sa qualité d'héritier, sa part des biens héréditaires; dans le cas de l'article 889, il devient *étranger* à la succession, en aliénant avant le partage *ses droits successifs* à un de ses cohéritiers, par une convention globale qui a un caractère tout à fait *aléatoire*. C'était

une question controversée parmi les anciens jurisconsultes et les tribunaux que de savoir si la lésion devait donner lieu à la restitution contre une vente de droits successifs faite avant le partage, sans garantie et aux risques et périls de l'acquéreur. (Voy. Chabot, Rapport, n° 62; Locré, p. 269.)

Le code a adopté l'opinion de Pothier, qui exige, pour que la vente conserve son caractère aléatoire, que les deux contractants n'aient été pas plus instruits l'un que l'autre des droits et des dettes de la succession. (Chap. VI, art. VI.) Il y aurait donc *fraude*, si le cessionnaire avait eu connaissance des forces de la succession tandis que le cédant les aurait ignorées.

Il y aurait aussi fraude à la loi si les deux parties, également bien renseignées sur les forces de l'hérédité, avaient déclaré que la cession se ferait aux risques et périls de l'acquéreur, afin de déguiser le partage sous la forme d'une convention aléatoire.

II. DES EFFETS DE L'ACTION EN RESCISION.

1645. La rescision du partage, pour quelque cause qu'elle ait lieu, a pour effet de rétablir l'indivision et de rendre nécessaire un nouveau partage. Chaque cohéritier doit rapporter à la masse, soit en nature, soit en moins prenant, les objets qu'il a reçus par le premier partage.

Qnant aux *fruits* et *intérêts*, ils se compensent jusqu'à concurrence de la portion dont chaque cohéritier a été en jouissance. Pour ce qui concerne l'excédant de la part qui devrait revenir à chaque cohéritier, il faut distinguer :

1° Si la rescision est demandée pour cause de lésion, les fruits et les intérêts de cet excédant ne sont dus par chaque cohéritier que depuis le jour de la demande en rescision (arg. art. 1682).

2° Si la rescision est demandée pour cause de dol ou de violence, le cohéritier de bonne foi ne doit les fruits qu'à partir du jour de la demande; mais celui qui est de mauvaise foi les doit à partir du jour où il a connu les vices du partage. (Demolombe, XVII, n° 511.)

L'action en rescision exerce aussi ses effets à l'égard des tiers acquéreurs des biens de la succession. Toutes les aliénations et concessions de droits réels s'évanouissent, à moins que les biens

qui en sont l'objet ne tombent, par suite du nouveau partage, dans le lot de celui qui a concédé ces droits (arg. art. 1183, 1681, et *suprà*, n° 1558).

III. DE L'EXTINCTION DE L'ACTION EN RESCISION.

1646. Il faut distinguer.

I. Il y a des causes générales d'extinction de l'action en rescision, quel qu'en soit le fondement. Ce sont :

1° La prescription de dix ans (art. 1304 et t. III, au titre *Des contrats*).

Si l'action est fondée sur la lésion, la prescription commence à courir à partir du jour du partage (arg. art. 1676).

2° La renonciation, la confirmation ou la ratification expresse ou tacite. La dernière peut se faire par l'exécution volontaire (art. 1338, alin. 3, et t. III, *loc. cit.*).

1647. II. Il y a deux causes d'extinction spéciales, l'une de l'action en rescision pour cause de *lésion*, l'autre de l'action en rescision pour cause de *dol* et *violence*.

1° En cas de *lésion*. Aux termes de l'article 891, « le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature. » (Comp. l'article 1681.) Cette disposition était déjà suivie dans l'ancien droit (voy. Pothier, *loc. cit.*) et le motif d'empêcher l'annulation d'un partage est celui que nous avons donné (*suprà*, n° 1624).

Le défendeur ne peut pas arrêter le cours de l'action, si elle est fondée sur le dol ou la violence. Il est vrai que l'article 891 mentionne indistinctement l'*action en rescision*, sans la limiter au cas de lésion. Mais le moyen d'arrêter le cours de l'action consiste à établir l'*égalité*, en fournissant au demandeur le supplément de sa portion. Le payement du supplément ne peut réparer que le vice d'*inégalité* du partage. La cause même de la demande détermine l'étendue des obligations du défendeur. Mais comment l'offre du supplément pourrait-elle faire disparaître les vices dont le consentement est entaché par le dol ou la violence? Et quel supplément le défendeur pourrait-il dans ce cas offrir au deman-

deur? (Demolombe, n° 411; Cass. fr., 21 août 1848, D., 1848, 1, 195, et 17 nov. 1858, D., 1858, 1, 465.)

L'offre de fournir au demandeur le supplément de sa portion peut être faite jusqu'au jugement définitif. Le tiers ayant cause peut aussi la faire (arg. art. 1681, alin. 2).

1848. 2° En cas de *dol* ou *violence*. L'article 892 porte :

« Le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence. »

Cette disposition ne se trouve ni dans l'ancien droit ni dans le projet de la commission; elle a été proposée par la section de législation du conseil d'État et adoptée sans discussion. Elle fournit une nouvelle preuve de la sollicitude du législateur de maintenir autant que possible les partages et de les mettre à l'abri de la rescision. A ce point de vue, elle a une utilité pratique incontestable.

Il est plus difficile d'en trouver le fondement juridique. La plupart des jurisconsultes la justifient par l'article 1338, en considérant cette aliénation postérieure à la découverte du dol ou à la cessation de la violence comme un acte de ratification, de confirmation ou d'exécution volontaire. (Merlin, *Répertoire*, v° *Lésion*, § 6; Demolombe, n° 484; Mourlon, t. II, p. 218.) Mais les annotateurs de Zachariæ font observer avec raison qu'on n'exécute un acte, dans le sens propre de l'expression, qu'en accomplissant les obligations qu'il vous impose, ou en acceptant la prestation des obligations qu'il impose à autrui; mais que le cohéritier qui aliène tout ou partie des objets compris dans son lot n'accomplit, au profit de ses cohéritiers, aucune des obligations résultant du partage, et ne l'exécute par conséquent pas, dans le sens de l'article 1338. (Aubry et Rau sur Zachariæ, § 626, édit. belge, t. II, p. 464, note 5.) Nous ajoutons que l'on peut difficilement admettre que les cohéritiers du vendeur puissent tirer contre lui une exception ou une fin de non-recevoir d'un acte auquel ils n'ont point concouru, qui est donc chose tierce pour eux. Ce dernier principe a été consacré, entre autres, dans un arrêt de Bruxelles du 3 avril 1878 (B. J., t. 36, 930).

Nous devons donc considérer la fin de non-recevoir résultant

de l'article 892 comme tout à fait exceptionnelle, reçue, pour des raisons d'utilité, contre les principes du droit commun.

1649. L'article 892 peut-il être appliqué au cas où le cohéritier a été lésé de plus d'un quart? Cette question est très-controversée. Nous croyons devoir la résoudre négativement, d'abord à cause du texte de l'article, qui n'admet la fin de non-recevoir que contre l'action en rescision fondée sur le *dol* ou la *violence;* ensuite parce que la disposition qu'il porte est dérogatoire au droit commun, et que toutes les exceptions aux principes généraux de droit doivent être interprétées restrictivement. (Voy., sur cette question, Demolombe, XVII, n[os] 493-497, qui se prononce dans le même sens, mais pour d'autres motifs, et les nombreuses autorités qu'il cite pour les diverses opinions. (Cass. fr., 18 fév. 1851, D., 1851, 1, 294.)

APPENDICE.

DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ ET DES ACTES DE L'HÉRITIER APPARENT.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

I. DÉFINITION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1650. La pétition d'hérédité (*hæreditatis petitio* ou *vindicatio*) est une action réelle, par laquelle une personne qui se prétend appelée à une succession, soit en tout soit en partie, réclame, de celui qui en a la possession, la restitution de tous les objets composant cette succession. Suivant quelques jurisconsultes, cette action est *mixte*.

1651. D'après l'ancien droit romain, toute personne, même de mauvaise foi, pouvait usucaper une succession par la possession continuée pendant un an. La pétition d'hérédité ne durait donc qu'une année. (Gajus, *Commentar.*, II, 52-58.) Cette usucapion, que les Romains eux-mêmes qualifient d'immorale (*lucrativa et improba*), était encore en usage du temps de Cicéron. Les jurisconsultes classiques ne l'admettent plus pour la succession entière, mais seulement à l'égard de choses particulières et déterminées faisant partie de la succession. Le sénatus-consulte d'*Adrien* abolit implicitement cette usucapion et disposa que le possesseur de mauvaise foi devait une indemnité complète du chef du dommage qu'il avait causé à l'héritier, tandis que le possesseur de bonne foi n'était tenu de la restitution que jusqu'à concurrence de ce dont il était enrichi (*usque eo dumtaxat, quo locupletior ex eâ re factus esset*); ce dernier devait donc aussi

restituer le prix des choses aliénées ainsi que les fruits des biens héréditaires qu'il avait perçus. Mais le possesseur de mauvaise foi (*prædo*), s'il ne pouvait plus acquérir aucun droit contre l'*héritier*, pouvait toujours faire valoir son usucapion contre les tiers, jusqu'à ce que l'empereur Marc-Aurèle fît porter des peines criminelles contre le vol de choses provenant d'une succession, en établissant les *judicia criminis expilatæ hæreditatis*. (Tit. D., *Expilatæ hæreditatis*, 47, 19; tit. C., *De crimine expil. hæred.*, 9, 32.)

Dans le droit de Justinien il n'est plus question de l'*usucapio lucrativa pro hærede*. (Maynz, *Cours de droit romain*, 4ᵉ éd., §§ 359 et 408; Rivier, *Successions*, § 50; A. Seresia, *De la Pétition d'hérédité*, nᵒ 1-26). Les titres D., *De hæreditatis petitione*, 5, 3, et C., *eod.*, 3, 31, contiennent sur la pétition d'hérédité beaucoup de règles, dont la plupart furent suivies par l'ancienne jurisprudence française; Pothier en a fait un traité spécial dans son ouvrage : *Traité du domaine de propriété*, part. II, chap. II, nᵒˢ 365-449.

Le code civil ne traite pas de la *pétition d'hérédité*; il en fait une mention tout à fait accessoire dans le titre de l'*Absence*, aux articles 137 et 138. Il faut donc puiser les règles à suivre en cette matière principalement dans le droit romain, tel que l'avait interprété l'ancienne jurisprudence française.

II. PAR QUI ET CONTRE QUI LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ PEUT ÊTRE INTENTÉE.

A. *Par qui peut-elle être intentée?*

1652. La pétition d'hérédité peut être intentée par tout *successeur à titre universel* dont le droit a été lésé; donc non-seulement par l'héritier proprement dit, mais aussi par le légataire universel ou à titre universel, par les successeurs irréguliers, par les donataires à titre universel institués par contrat de mariage et par ceux qui sont devenus acquéreurs ou cessionnaires des droits successifs, donc aussi par l'héritier de l'héritier.

Le demandeur doit prouver : 1° le fondement de sa demande (Code civ., art. 1315), et 2° la lésion de son droit *infrà*, au titre *De la prescription*.

1° La preuve du fondement de l'action comprend :

a. La preuve de l'*ouverture de la succession* ou du décès du *de cujus* (*suprà*, nᵒˢ 1253 et suiv.) et

1. La preuve du *titre* en vertu duquel le demandeur est appelé à la succession. Ce titre, c'est la parenté, s'il s'agit d'une succession *ab intestat*; le testament, s'il s'agit d'une succession testamentaire, ou la cession et le droit du cédant, lorsque la demande est intentée par le cessionnaire des droits successifs.

2° La lésion du droit du demandeur consiste en général en ce que la succession est, en tout ou en partie, détenue par quelqu'un qui n'a pas le droit de la détenir.

1653. Il est évident que l'adjudication de la demande ne peut pas être obtenue, si le défendeur justifie que *son* titre est meilleur que celui du demandeur, c'est-à-dire qu'il est lui-même parent au degré successible dans l'espèce, ou qu'il est appelé à la succession par un testament qui exclut légalement le demandeur.

Mais il y a controverse sur la question de savoir si la pétition d'hérédité peut être repoussée par cela seul que le défendeur prouve qu'il existe d'autres parents plus proches que le demandeur. En d'autres termes, l'action appartient-elle *seulement* à l'héritier saisi, ou bien, si celui-ci reste dans l'inaction, peut-elle être intentée par des parents plus éloignés?

Sans doute, si le parent le plus proche reste inactif, le parent plus éloigné peut, à ses risques et périls, se mettre en possession de l'hérédité, lorsque personne ne s'y oppose (*suprà*, n° 1272); il est vrai encore que pour agir par la pétition d'hérédité contre les tiers détenteurs, il suffit qu'il prouve *sa qualité de parent*, sans être tenu de fournir la preuve qu'il n'existe pas de parents plus proches.

Toutefois, la loi, qui est le titre de l'héritier, appelle à la succession les parents, non pas *tous conjointement*, mais dans l'ordre qu'elle détermine (n° 1296). Donc, s'il est prouvé qu'il existe des parents appartenant à une classe préférée ou d'un degré plus proche, le titre du demandeur est détruit. Il ne pourrait fonder sa demande que sur une renonciation ou sur une cession de la part des héritiers préférés. Mais la renonciation et la cession tacite ne se présument pas (art. 784). D'ailleurs si l'on voulait admettre une cession tacite, elle pourrait être invoquée tout aussi bien par le défendeur que par le demandeur : *In pari causâ melior est conditio possidentis*. (Voy., en ce sens, Seresia,

n° 49 : Laurent, *Principes de droit civil*, t. IX, n° 504. En sens contraire, Zachariæ, édit. Aubry et Rau, § 616, 1°.)

Suivant quelques décisions judiciaires, l'exception de l'existence d'autres héritiers est admissible, nonobstant le défaut de toute réclamation de leur part, s'ils ont accepté la succession du *de cujus*. (Brux.. 11 mai 1871, P. 1871, 415, et 3 février 1877, P. 1877, 149.)

Nous croyons que cette dernière condition n'est pas nécessaire, parce que l'héritier appelé par la loi a cette qualité tant qu'il n'a pas renoncé.

B. *Contre qui peut-elle être intentée ?*

1654. La pétition d'hérédité peut être intentée contre toute personne qui *conteste et lèse* le droit d'hérédité du demandeur, en détenant *à titre de successeur universel* (*pro hærede*), ou même sans alléguer aucun titre (*pro possessore : possideo quia possideo*), la succession en tout ou en partie, ou seulement une chose déterminée de la succession; donc elle a lieu aussi : 1° pour le tout, contre un parent plus éloigné qui possède la succession ; 2° pour partie, contre un parent du même degré et cohéritier du demandeur; 3° contre l'acquéreur des droits successifs, peu importe qu'il possède de bonne foi ou de mauvaise foi. Le défendeur est appelé *héritier apparent*.

Il n'y aurait pas lieu à la pétition d'hérédité, si le défendeur, sans contester la *qualité d'héritier* du demandeur, refusait pour un autre motif la restitution de la chose revendiquée ou le payement d'une dette ; par exemple, Pierre a acheté une maison de Jean ; cette maison a fait partie du patrimoine de Jacques, dont Paul est l'héritier. Pierre ne conteste pas à Paul la qualité d'héritier de Jacques; mais il soutient que Jacques n'a jamais été propriétaire de la maison, ou bien qu'il l'a lui-même acquise par l'usucapion ordinaire de dix ans. Le droit de Paul est lésé, mais sa qualité d'héritier n'étant pas contestée, c'est par la *revendication* et non par la pétition d'hérédité qu'il doit procéder. Ou bien Pierre avait acheté de Jacques un cheval ; il refuse d'en payer le prix à l'héritier de Jacques en prétendant l'avoir déjà payé, ou en niant la vente. Comme il n'y a pas contestation de sa qualité d'héritier,

Paul doit agir par l'action *venditi* et non par la pétition d'hérédité. (Voy. Maynz, § 408, t. III, p. 484.)

Il y a entre cette dernière action et la revendication des différences importantes en ce qui concerne la preuve et la prescription.

1655. Il importe aussi de distinguer la pétition d'hérédité de l'action en partage (*actio familiæ erciscundæ*). La première a lieu lorsque le possesseur de la succession conteste au demandeur la qualité de cohéritier; la seconde a lieu lorsque cette qualité ainsi que l'indivision sont reconnues. Si, dans la première hypothèse, le prétendant intentait une action en partage, elle ne serait qu'une pétition d'hérédité déguisée. (Voy. n° 1477.)

III. DU BUT ET DE L'OBJET DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

1656. Par la pétition d'hérédité le demandeur veut faire reconnaître sa qualité d'héritier et obtenir la restitution des choses appartenant à la succession avec tous les accessoires. L'action peut donc avoir pour objet : 1° l'obligation principale du possesseur de restituer l'hérédité; 2° les détériorations; 3° les fruits et les intérêts; 4° ce qu'il doit restituer en cas d'aliénation des choses héréditaires.

Comme les obligations du possesseur diffèrent selon qu'il a été de bonne ou de mauvaise foi, nous examinerons d'abord la question de savoir quand il est réputé de bonne foi.

A. *Quand le possesseur est-il de bonne ou de mauvaise foi?*

1657. Le possesseur est de bonne foi lorsqu'il a la conviction rationnelle que la succession dont il se trouve en possession lui appartient. Pour être rationnelle la conviction doit se baser sur un titre apparent dont le possesseur, par erreur de fait ou de droit, ignore les vices. (Fr. 20, § 6, fr. 25, § 5, D., *De hæred. pet.*, 5, 3.) Ainsi, un héritier institué ignorant la nullité du testament est de bonne foi; un parent d'un degré plus éloigné peut de bonne foi se mettre en possession de l'hérédité laissée par son parent. Mais le parent plus éloigné qui connaît l'existence de parents plus proches et qui néanmoins se met en possession de

la succession n'est pas de bonne foi quand même ces derniers resteraient dans l'inaction; car il a connaissance du vice ou plutôt de l'absence de tout titre. La question, toutefois, est controversée. Zachariæ est d'un avis contraire.

Le successeur irrégulier, *par cela seul* qu'il s'est mis en possession de la succession sans accomplir les formalités prescrites par la loi, est présumé possesseur de mauvaise foi (voy. n° 1379, n° 2); car il a volontairement évité le moyen qui pouvait lui donner la conviction rationnelle de son bon droit.

La bonne foi de l'héritier apparent est réputée avoir cessé à partir du jour de la demande, si par suite du jugement il est évincé. (Pothier, n° 397.)

B. *Des différents objets de la pétition d'hérédité.*

1. DE LA RESTITUTION DES CHOSES HÉRÉDITAIRES.

1658. Le défendeur doit restituer toutes les choses héréditaires, corporelles et incorporelles, avec tous leurs accessoires et toutes les accessions naturelles ou faites par la main de l'homme, qu'il détient encore au jour de la demande ou au moment du jugement.

Cette obligation comprend, par exemple, également les choses dont le défunt avait la simple détention, le payement des dettes que le défendeur peut avoir envers la succession ; les actions en dommages et intérêts qu'il peut avoir acquises pendant la durée de sa possession contre des tiers qui auraient porté préjudice aux choses héréditaires (arg. art. 1303. Pothier, n°s 398-405).

2. DES DÉTÉRIORATIONS.

1659. Il faut distinguer :

1° Le possesseur de *bonne foi* ne doit aucune indemnité à raison des dégradations qu'il peut avoir commises, *à moins qu'il n'en ait profité,* et dans ce cas sa responsabilité ne s'étend pas au delà du profit qu'il en a retiré (arg. art. 132, 1380, 1632). Ainsi, par exemple, s'il avait dérodé un bois et vendu les arbres de haute futaie, il ne devrait que le prix de la vente.

Mais depuis le jour de la demande (la litiscontestation) le possesseur, cessant d'être réputé de bonne foi, est tenu des dégra-

dations qui seraient survenues par son fait ou par sa faute. (Fr. 31, § 3, D., *De hæred. pet.*, 5, 3; Pothier, n° 435.)

1660. 2° Le possesseur *de mauvaise foi* est tenu de réparer tout le dommage qu'il a causé à la succession par sa faute et par sa négligence (art. 1382, 1383). Par application de cette règle il peut être rendu responsable des prescriptions des créances de la succession et des insolvabilités survenues dans les débiteurs, au moins dans le cas où le possesseur connaissait le véritable héritier. (Pothier, n° 437.)

Le possesseur de mauvaise foi est même tenu des détériorations arrivées par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve qu'elles auraient eu également lieu si la succession eût été possédée par le véritable héritier. Car le possesseur de mauvaise foi doit être considéré comme un débiteur en demeure (code civil, art. 1302, al. 2, 1379, et fr. 40, D., *hoc. tit.*; Pothier, n° 412).

3. DES CHOSES ALIÉNÉES PAR LE DÉFENDEUR.

1661. Le sénatus-consulte d'Adrien a proclamé le principe que la possession de l'hérédité ne peut dans aucun cas être, pour le possesseur quel qu'il soit, une cause de gains, et, d'autre part, que s'il est de bonne foi, elle ne doit point devenir pour lui une source de pertes. (Fr. 20, § 6, D., *h. t.*; Maynz, § 409.)

Ce principe est appliqué au possesseur de bonne foi et au possesseur de mauvaise foi de la manière suivante avec les modifications que l'ancienne jurisprudence française y a apportées :

1° Quant au possesseur de *bonne foi*. Il faut distinguer :

A. S'il a aliéné à titre *gratuit* des choses faisant partie de la succession, il ne doit aucune indemnité.

Toutefois, si la libéralité avait eu lieu moyennant une charge (*sub modo*), ou si elle avait été rémunératoire, ou si elle avait été faite en acquittement d'une obligation naturelle, par exemple pour doter un des enfants du donateur qui, par cela même, se serait épargné une dépense, ou si le donateur avait reçu une libéralité en retour; dans tous ces cas il serait tenu à la restitution jusqu'à concurrence de ce dont il se serait enrichi ou de la dépense qu'il se serait épargnée. (Fr. 25, § 11, D., *h. t.*; Pothier, n° 423, et voy. *suprà*, n° 247 *b*.)

B. S'il a aliéné à titre *onéreux*, il doit restituer le *prix* qu'il a reçu en retour, quand même la *valeur* de l'objet vendu serait supérieure au prix (arg. art. 132, 1380, 1935; fr. 25, § 11 *h. t.*). Mais ce prix est dû quand même il serait supérieur à la valeur de la chose, ou que l'héritier n'aurait pas fait ce profit s'il eût été en possession de la succession ; par exemple dans le cas où les choses vendues auraient péri par cas fortuit peu après la vente qui en a été faite et que l'héritier ne se fût pas également dépêché de les vendre. (Fr. 20, § 17, D., *h. t.*; Pothier, n° 417.)

D'après le droit romain, le possesseur de bonne foi n'était tenu de restituer le prix des choses vendues qu'autant qu'il s'en trouvait encore enrichi au jour de la demande, et il ne devait pas rendre les sommes qu'il avait dissipées. (Fr. 20, § 6; fr. 23; fr. 25, § 11, D., *h. t.*) Mais Pothier, tout en trouvant ces décisions conformes à l'équité naturelle, nous enseigne qu'elles n'étaient pas reçues dans la pratique française, parce qu'il est impossible de connaître si le possesseur qui a employé des sommes dues à la succession s'en trouve encore plus riche ; que, dès lors, le possesseur est censé avoir profité de tout ce qui lui est parvenu des biens de la succession, « *à moins qu'il ne fasse apparoir du contraire.* » (Pothier, n° 429.)

Nous croyons donc, conformément à ce que nous avons dit *suprà*, au n° 247 *v*, que le possesseur est libéré de l'obligation de restituer en tout ou en partie *s'il prouve* qu'il ne se trouve plus enrichi, parce que le prix est perdu ou dissipé (*quia lautius vixit*).

1662. 2° Le possesseur de *mauvaise foi* est tenu d'indemniser l'héritier de *tout* le préjudice que lui a causé l'aliénation, peu importe qu'elle ait été faite à titre gratuit ou à titre onéreux. Ainsi, par exemple, s'il a vendu la chose au-dessous de sa valeur, il en doit la valeur entière, et non-seulement le prix (articles 1382, 1383; arg. de l'art. 1379).

4. DES FRUITS.

1663. 1° Le possesseur de *mauvaise foi* doit rendre compte non-seulement des fruits qu'il a perçus, mais même de ceux qu'il aurait pu percevoir depuis le jour où sa possession de mauvaise

foi a commencé (*fructus perceptos et percipiendos*). Sur ce point il n'y a aucun doute. (Fr. 21, 25, §§ 2 et 4; fr. 40, § 1, D., *h. t.*; § 2, J., *De officio judicis*, 4, 17 ; Pothier, n° 431 ; Code civil, arg. art. 1382, 1383.)

1664. 2° Le possesseur de bonne foi fait siens les fruits qu'il a perçus (arg. art. 138, 549 et 550 du code civil; Zachariæ, Aubry et Rau, § 616, 5°; Pothier, n° 430; Seresia, n° 160; Laurent, t. IX, n° 542).

Cette question est aujourd'hui encore controversée et elle était douteuse sous l'ancienne jurisprudence française. En droit romain, le possesseur même de bonne foi était, en principe, tenu de restituer tout ce qu'il avait recueilli par suite de la possession de l'hérédité, mais avec le tempérament important *in quantum locupletior factus erat*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de ce dont il se trouvait encore enrichi au jour de la demande. La règle : *fructus augent hæreditatem*, à laquelle d'ailleurs plusieurs auteurs prêtent une signification erronée, n'était donc admise qu'avec cette modification.

La pratique française résistait à l'application de la règle ainsi modifiée, à cause de la difficulté de savoir si le possesseur se trouve encore enrichi, et elle exigeait de celui qui s'était mis en possession d'une succession de tenir compte des fruits à l'héritier qui l'avait évincé. C'est pourquoi Pothier enseigne qu'en ce qui concerne les *fruits*, le possesseur doit être *présumé* les avoir dépensés; c'est-à-dire qu'il est présumé n'être pas enrichi; donc, qu'il ne doit pas les rendre.

Mais l'ancienne pratique française, d'ailleurs douteuse et controversée, est contraire au droit romain, à l'équité et à l'analogie des règles appliquées à la possession de bonne foi. Le code civil l'a formellement répudiée dans l'article 138, que nous considérons, non comme une disposition spéciale et exceptionnelle, mais comme l'application d'une règle générale à un cas spécialement prévu par la loi. D'ailleurs le parent du défunt qui ignore absolument l'existence d'autres parents plus proches et qui s'est mis en possession d'une succession n'est-il pas dans une position plus favorable, au point de vue de la bonne foi, que celui qui a recueilli une succession échue à un absent par la présence duquel il eût été exclu ?

C. *Des obligations du demandeur en pétition d'hérédité.*

1665. Il faut distinguer les frais de production des fruits et les autres impenses.

1° Les frais faits pour produire et pour recueillir les fruits doivent être remboursés au possesseur de mauvaise foi comme au possesseur de bonne foi. (*Fructus non intelliguntur nisi deductis impensis*. Fr. 36, § 5, D., *h. t.* Code civil, art. 548.)

Le possesseur de bonne foi peut même se faire tenir compte par l'héritier des frais qu'il a faits pour faire venir les fruits quoiqu'il n'en ait point recueilli. (Fr. 37, D., *h. t.* Pothier, n° 444.)

2° Quant aux autres *impenses*, il n'y a pas de distinction à faire pour celles qui étaient *nécessaires*; elles doivent être remboursées au possesseur de mauvaise foi comme au possesseur de bonne foi. Quant aux impenses qui n'étaient pas *nécessaires*, il faut distinguer :

a. Le possesseur de *bonne foi* peut répéter les impenses *utiles* et même les impenses *voluptuaires*;

b. Le possesseur de *mauvaise foi* ne peut pas, en droit strict, en réclamer la restitution; mais les lois romaines lui accordent, par indulgence et contre la rigueur du droit, la restitution des dépenses *utiles* jusqu'à concurrence de la plus-value au moment de la demande; et pour les dépenses *voluptuaires*, il a seulement le droit de les enlever, s'il le peut. (Fr. 38 et 39, § 1, D., *h. t.*; Pothier, n° 445.)

Parmi les impenses nécessaires il faut aussi ranger le payement des dettes de la succession effectué par le possesseur.

IV. DE LA PRESCRIPTION DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

1666. La pétition d'hérédité dure trente ans. La prescription a lieu même en faveur de l'héritier apparent qui est de mauvaise foi (code civil, art. 2262, arg. art. 789.) Elle est à la fois extinctive et acquisitive.

Toutefois ce n'est pas la *qualité d'héritier* que le possesseur peut acquérir par une espèce d'usucapion, mais seulement les

biens qu'il a détenus. Ainsi il n'acquiert aucun droit aux biens de la succession qu'il n'a pas possédés et qui se trouvent entre les mains d'autres personnes, ni aux créances dues par des tiers.

L'usucapion de dix ou vingt ans ne peut pas faire acquérir la succession même au possesseur de bonne foi. Car, d'abord, il est tout au moins très-douteux si l'hérédité, comme universalité juridique, est susceptible d'une véritable possession telle qu'elle est requise par la loi pour conduire à l'usucapion; ensuite, dans bien peu de cas, le possesseur pourrait avoir le juste titre nécessaire pour cette usucapion; enfin le texte de la loi n'admet comme objet de l'usucapion de dix ou vingt ans que des immeubles déterminés (code civil, art. 2265).

1667. Quel est le point initial de cette prescription? Rappelons d'abord les principes généraux.

Pour que la prescription d'une action puisse commencer, il faut que cette action soit née (*actio nata*); et pour que l'action existe, il faut d'abord un *droit*, et ensuite que ce droit ait été *lésé* ou *violé* par quelqu'un.

Or, le droit de l'héritier est lésé au moment où quelqu'un l'a empêché de l'exercer; en d'autres termes, lorsque quelqu'un s'est mis en possession du droit ou de la chose appartenant à l'héritier. Si cette lésion a continué pendant trente ans, la prescription est accomplie.

Il résulte de là que la prescription de la pétition d'hérédité contre le véritable héritier commence à partir du moment où l'héritier apparent s'est emparé, à titre d'héritier, des choses héréditaires et non pas à partir du jour de l'ouverture de la succession. Car les actes de pure faculté sont imprescriptibles; par cela seul qu'il n'a pas *été exercé*, un droit ne se prescrit pas, parce qu'il n'y avait pas d'action *née*. L'action ne naît qu'avec la violation du droit.

Il n'y a donc pas à distinguer si c'est un parent plus éloigné ou un étranger ou un légataire universel appelé par un testament nul ou révoqué qui s'est emparé de la succession. Dans les trois cas, c'est par la prise de possession de l'hérédité par l'usurpateur que la violation du droit de l'héritier a commencé.

1668. Quelques auteurs soutiennent que la prescription extinctive court *du jour même de l'ouverture de la succession* au

profit du successeur universel qui a appréhendé l'hérédité en vertu d'une disposition à titre gratuit frappée de nullité ou sujette à réduction, par le motif que dès ce moment l'héritier du sang pouvait et devait intenter l'action qui lui compétait pour faire annuler ou réduire le titre en vertu duquel l'hérédité a été appréhendée ; que, du moment que cette action en nullité ou en réduction se trouve prescrite, le vice du titre est couvert, et les droits de l'héritier institué sont désormais consolidés. (Zachariæ, Aubry et Rau, § 616 4°, note 6; Laurent, t. IX, n° 517.)

Cette opinion nous paraît erronée. Car la simple existence d'un titre nul mais non exécuté, qui institue un légataire universel, ne lèse pas encore le droit du véritable héritier. Ensuite, un titre nul dès le principe est censé inexistant ; il ne peut pas se valider par la prescription. Celui qui aurait possédé pendant trente ans en vertu d'un titre nul peut se défendre en opposant, non pas la prescription de l'*action en nullité de son titre*, mais la prescription de l'action en rescision. (Seresia, n° 266.)

1669. Les auteurs se demandent si la pétition d'hérédité dure trente ans lorsque la succession est purement mobilière ; ou bien si dans ce cas le détenteur des choses héréditaires peut opposer le principe de l'article 2279, que « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » ? L'action dure trente ans ; le principe de l'art. 2279 ne s'applique pas aux universalités juridiques. (Voy. Laurent, t. IX, n° 518.)

SECTION II.

DES ACTES FAITS PAR L'HÉRITIER APPARENT.

1670. Quels sont, pour les tiers et pour l'héritier véritable, les effets des actes faits par le possesseur (l'héritier apparent) avant que la pétition d'hérédité fût intentée ? Cette question est une des plus controversées.

Les textes du droit romain qui s'y rattachent sont obscurs ; les traditions de l'ancienne jurisprudence française, incertaines et

contestées; la loi actuelle est muette ou défectueuse; les opinions des auteurs et de la jurisprudence varient à l'infini.

Nous établirons d'abord, pour réduire la controverse à son véritable objet, quelques règles qui nous paraissent certaines, et dont plusieurs sont incontestées.

1671. 1° Les actes purement conservatoires de surveillance et d'administration provisoire, ainsi que la vente des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver, autorisée par justice, sont valables. Car ces actes sont *valables* lorsqu'ils ont été faits par quelqu'un qui ne prend pas la qualité d'héritier et qui renonce à la succession; donc, par quelqu'un qui n'a jamais eu aucun droit à la succession (art. 779, 796, et *suprà*, n° 1420). L'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent peut faire valablement les mêmes actes (art. 125, 126).

2° « Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé » (art. 1240). Le législateur, en faisant cette disposition, a eu précisément en vue le cas où le payement a été fait à l'*héritier apparent*. Le code est ici beaucoup plus absolu que le droit romain; car il déclare le payement *valable*, sans distinguer si l'héritier apparent *a ou non restitué* au véritable héritier ce qu'il a reçu du débiteur, tandis que, d'après le droit romain, le débiteur n'était libéré que si le possesseur avait rendu à l'héritier l'objet du payement. (Fr. 25, § 17 *in fine;* fr. 31, § 5, D., *De hæred. petit.*, 5, 3; Maynz, 411, note 55.)

3° Les aliénations des *meubles corporels* sont valables si l'acquéreur est de bonne foi, parce qu'il est protégé par la maxime : *En fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279).

4° L'aliénation même des immeubles ou des droits mobiliers incorporels est valable si elle était *nécessaire*, de manière qu'elle n'aurait pas pu être évitée par l'héritier lui-même. Ainsi, supposons qu'une succession avait été réclamée par plusieurs personnes dont quelques-unes y avaient réellement droit, tandis que d'autres n'étaient que des héritiers apparents, et que les premiers en provoquent le partage. Comme nul n'est tenu de rester dans l'indivision, l'héritier véritable, tout aussi bien que l'héritier apparent, aurait dû subir le partage et éventuellement la licitation des biens. Il en serait de même si un immeuble de la succes-

sion avait été exproprié sur l'héritier apparent pour cause d'utilité publique; ou bien si le créancier avait poursuivi la vente d'un fonds sur lequel il avait une hypothèque; ou bien, si, à défaut d'autres moyens, l'héritier apparent avait vendu des immeubles pour payer des dettes échues de la succession, ou pour faire faire aux autres biens des réparations urgentes, dont l'omission aurait entraîné des pertes irréparables. Ces deux derniers cas sont littéralement prévus par les lois romaines. (Voy. fr. 20, § 2, et fr. 53, D., *De hæred petit.*, 5, 3; Demolombe, t. II, n° 250.)

5° La question de savoir si les jugements rendus pour ou contre l'héritier apparent ont l'autorité de la chose jugée pour ou contre l'héritier véritable, est plus délicate. Il faut faire, nous semble-t-il, la même distinction entre les jugements nécessaires et les jugements volontairement provoqués.

Il peut y avoir nécessité de provoquer ou de subir une action dans deux cas.

a. Dans la succession il y a une action qui est sur le point de s'éteindre par prescription si elle n'est pas immédiatement intentée. L'héritier apparent l'intente; un jugement intervient. Ce jugement a l'autorité de la chose jugée pour la succession, donc pour l'héritier véritable. Car, trois hypothèses peuvent se présenter, et dans aucune des trois il n'a intérêt à l'attaquer.

Si l'héritier apparent a perdu le procès, le véritable héritier n'y perd rien, puisque, si l'action n'*eût pas été intentée,* elle aurait été prescrite; si le procès est gagné en tout, la succession a obtenu tout ce qu'elle pouvait obtenir.

S'il est gagné en partie, la position de la succession est encore plus avantageuse que si l'héritier apparent n'eût pas agi, puisque dans ce cas la prescription eût été acquise contre la succession.

b. La succession est défenderesse; le jugement a été obtenu contre l'héritier apparent; le véritable héritier peut-il soutenir qu'elle n'a pas été légalement représentée et que le jugement est nul à son égard ? Nous ne le croyons pas, parce que l'opinion qui résoudrait cette question affirmativement conduirait directement à un inévitable déni de justice envers ceux qui prétendraient avoir des droits contre la succession. Un droit contre la succession peut se prescrire; il faut donc que l'ayant droit ait un moyen d'interrompre la prescription; ce moyen, c'est la demande en

justice. La circonstance que le véritable héritier est inconnu ne peut pas paralyser l'action de l'ayant droit. Contre qui agira-t-il? Il ne peut agir que contre celui qui *possède l'hérédité* et qui, par cela même, s'annonce publiquement comme l'héritier. D'ailleurs comment serait-il possible au tiers qui n'a pas les titres et les papiers de famille de connaître le véritable héritier? Dira-t-on que s'il dirige son action contre l'héritier apparent, c'est à ses risques et périls et qu'il n'a qu'à faire nommer un curateur à la succession pour agir contre ce dernier? Mais cela est précisément impossible. Le tribunal ne peut nommer un curateur que si la succession est *vacante,* et elle n'est réputée vacante que lorsqu'il *ne se présente personne qui la réclame,* qu'il n'y a pas d'héritier connu ou que l'héritier connu y a renoncé (art. 811, et *suprà,* n° 1467). Mais l'héritier apparent a réclamé la succession; elle n'est donc pas vacante; le tribunal ne peut donc pas nommer un curateur. Et, contre qui le tiers agira-t-il, si ce n'est contre l'héritier apparent? Il obtient jugement contre lui. Plus tard l'héritier véritable se présente; il attaque le jugement comme n'étant pas obligatoire pour lui. Dans l'intervalle la prescription s'est accomplie contre le tiers, qui ne peut plus intenter son action contre le véritable héritier. On ne peut pas admettre une situation qui place le tiers dans l'impossibilité de poursuivre son droit; le seul moyen d'en sortir, c'est d'attribuer l'autorité de la chose jugée pour et contre la succession aux jugements intervenus entre le tiers et l'héritier apparent.

1672. Mais le désaccord règne surtout lorsqu'il s'agit d'actes de disposition ayant pour objet des immeubles ou des meubles incorporels.

Presque tous les auteurs enseignent que les actes de disposition *à titre gratuit* ne peuvent être opposés à l'héritier véritable, qui peut revendiquer les biens donnés contre les donataires tant que cette action n'est pas prescrite soit par le laps de trente ans, soit par l'usucapion de dix ou vingt ans. Cette opinion se justifie par la raison qu'en tous cas le titre de l'héritier est meilleur que celui du donataire; mais le motif seul invoqué par plusieurs auteurs, que le donataire lutte pour faire un gain (*certat de lucro captando*), ne suffit pas, parce que l'acquisition de l'héritier est également à titre gratuit.

En ce qui concerne les aliénations *à titre onéreux*, les principaux systèmes qui ont été émis sont les suivants :

1° Les aliénations consenties par l'héritier apparent sont toujours nulles, parce qu'il n'a pas pu transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même et que la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599, 2182). L'article 137 réserve au véritable héritier la pétition d'hérédité et ses autres droits.

2° Ces aliénations ne sont valables que dans le cas où l'éviction qu'éprouverait l'acheteur de bonne foi donnerait lieu à un recours en garantie dont le résultat serait de faire supporter à l'héritier apparent, également de bonne foi, une condamnation plus forte que celle qu'il aurait subie s'il eût été directement poursuivi par la pétition d'hérédité. Cette opinion se fonde surtout sur le droit romain et sur l'interprétation de fr. 25, § 17, D., *De hæred. petit.*, 5, 3.

3° Ces aliénations sont toujours valables si le vendeur, l'héritier apparent et l'acheteur ont été de bonne foi. Il est difficile de donner de bonnes raisons en faveur de ce système.

4° Les aliénations sont valables si l'acheteur a été de bonne foi, quand même le vendeur aurait été de mauvaise foi.

5° Les aliénations doivent être maintenues si l'acheteur a été de bonne foi, abstraction faite de la bonne ou de la mauvaise foi de l'héritier apparent, lorsque ce dernier est un parent du défunt au degré successible, qui a appréhendé la succession par suite de l'absence ou de l'inaction de l'héritier plus proche et qui en a eu la possession publique et paisible. (Voy. l'exposé et la discussion de ces divers systèmes dans Zachariæ, § 616, 5°; Demolombe, II, n°s 232-258; Laurent, t. IX, n°s 554-567; Seresia, n°s 215-256.)

1673. Il est certain qu'au point de vue des principes absolus et rigoureux sur le droit et sur la transmission du droit de propriété, le premier des cinq systèmes est seul juste : nul ne peut transférer à autrui un droit de propriété qu'il n'a pas lui-même. Mais il appartient à la loi de déterminer les conditions et les limites du droit de propriété.

Or, il n'est pas moins certain qu'aucun droit ne fut jamais moins protégé que le droit de l'héritier à une succession ouverte en sa faveur, tant qu'il ne l'avait pas acceptée. Jusqu'aux époques

les plus reculées de l'histoire du droit, nous voyons se manifester ce phénomène tantôt dans les dispositions positives de la loi, tantôt dans la doctrine et dans la jurisprudence. Bien que la fiction de la personnalité de l'hérédité jacente ait été probablement introduite de bonne heure dans l'intérêt de l'héritier *éventuel*, le fait incontestable de la vacance *actuelle* des biens de la succession avait fait admettre dès les temps les plus reculés que ces biens étant *res nullius* pouvaient « être occupés par le premier venu », dit M. Maynz, § 411, note 26. Cette occupation n'était d'abord qu'un simple état de fait, mais il pouvait se transformer en un *droit* par la possession publique pendant un an (*usucapio pro hærede*). L'usucapion *pro hærede*, si facile, avait, au témoignage de Gajus, pour but de contraindre le véritable héritier à sortir de son inaction et de le forcer à acquérir sans délai la succession qui lui était déférée. Elle a continué d'exister encore longtemps sous les empereurs romains, et ce ne fut que très-tard qu'elle fut remplacée par l'usucapion ordinaire. Le célèbre sénatus-consulte d'Adrien n'admit la pétition d'hérédité ou la revendication contre les tiers détenteurs des biens héréditaires qu'avec des restrictions importantes; malgré les principes, le droit absolu de propriété ne fut pas reconnu dans la personne de l'héritier. Ainsi, l'héritier ne pouvait plus revendiquer contre le tiers acquéreur, s'il avait poursuivi l'héritier apparent par la pétition d'hérédité, et si celui-ci avait satisfait aux condamnations prononcées contre lui; et s'il était de bonne foi, il ne pouvait être condamné que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvait enrichi; si le tiers acquéreur était poursuivi par la revendication avant l'héritier apparent, il pouvait opposer à la revendication une exception tirée du droit de ce dernier, c'est-à-dire il pouvait repousser l'action par le motif qu'elle réfléchirait contre son vendeur (l'héritier apparent) à cause du recours en garantie que lui, acquéreur, aurait le droit d'exercer, et parce que l'héritier apparent ne pourrait pas être tenu plus sévèrement envers l'acquéreur qu'envers l'héritier véritable. (Maynz, *loc. cit.*)

Voilà pour le droit romain. L'ancienne jurisprudence était tout au moins très-douteuse, et si l'on peut invoquer quelques autorités *contre* la validité des aliénations faites par l'héritier appa-

rent, on en trouve tout autant et d'aussi respectables qui se prononcent *pour* la validité de ces mêmes actes.

Nous avons déjà exposé les dissensions qui règnent encore aujourd'hui.

Il résulte de ce qui précède qu'à aucune époque l'application des principes absolus et rigoureux sur le droit de propriété, bien qu'elle soit la plus simple, n'a satisfait la conscience des jurisconsultes. On comprend aisément que, s'écartant du droit strict, ils aient éprouvé des difficultés à asseoir leur solution sur une base juridique et qu'ils aient fait appel à des considérations d'équité plus ou moins vagues.

Si nous recherchons la raison pour laquelle les jurisconsultes, et même les lois, protégent si faiblement le droit de l'héritier contre les tiers acquéreurs des biens de la succession, nous la trouvons peut-être dans cette circonstance-ci : l'héritier acquiert gratuitement la succession; l'acquisition du tiers a rarement lieu à titre gratuit. Si, en présence de la possession publique prise par un autre, l'héritier est resté inactif, il a, volontairement ou involontairement, contribué à faire naître une erreur qui peut porter un préjudice ou à lui-même ou au tiers acquéreur; il est plus équitable de le faire subir à celui qui en a été la cause.

C'est ce qui explique pourquoi les aliénations *à titre gratuit* ne sont pas considérées comme valables.

1674. Examinons le système du code, en faisant abstraction des textes du droit romain. Nous ne pouvons admettre la première opinion, qui applique rigoureusement la règle que la vente de la chose d'autrui est nulle. Ce système est repoussé par plusieurs textes et il est incompatible avec les dispositions qui régissent des cas analogues à celui qui nous occupe; si on l'admettait, il y aurait dans les lois une incohérence et des contradictions qui choqueraient la raison et que, par cela même, nous ne pouvons prêter au législateur. Ce système écarté, nous croyons que le cinquième, adopté par Zachariæ et Demolombe, est celui qui se justifie le mieux. Voici les principaux motifs de cette opinion :

1° L'article 1240, voy. *suprà*, n° 1671, n° 2. Est *valable* le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, c'est-à-dire à l'héritier apparent, quoique, d'après le droit strict,

ce payement soit nul. C'est une exception, dit-on. Mais l'exception doit avoir sa raison ; le législateur ne crée pas des exceptions au hasard et par caprice. Rien ne justifie la différence entre la position du débiteur qui a payé à l'héritier apparent et celui qui a acheté un bien de ses mains. La disposition de l'article 1240 ne s'explique donc pas comme *exception*, mais bien comme conséquence d'une règle que la loi ne formule pas en termes généraux, mais qu'elle consacre par les applications qu'elle en fait.

2° L'article 132 et les autres dispositions sur l'absence, notamment l'article 127, qui, déjà après cinq années d'absence, attribue à l'envoyé en possession provisoire les quatre cinquièmes des revenus du propriétaire. On dit qu'il ne faut pas appliquer à la pétition d'hérédité et à l'héritier apparent les règles sur l'absence. Et pourquoi pas? Il y a entre ces deux ordres d'idées une grande connexité, une grande analogie, et ce qui le prouve, c'est que la seule occasion dans laquelle le législateur a fait mention de la pétition d'hérédité, c'est au titre de l'*Absence*. L'analogie existant entre l'envoyé en possession et l'héritier apparent est tout en faveur de ce dernier. Il est *certain* que l'absent a existé et que la fin de son existence n'est pas établie ; l'envoyé en possession sait qu'il peut être évincé, que sa possession n'est que précaire ; le tiers qui traite avec lui le sait également. Néanmoins, après l'envoi en possession définitive, il peut valablement aliéner ; le tiers qui a contracté avec lui ne peut plus être inquiété, et le strict droit de propriété est ici sacrifié à la tranquillité du tiers acquéreur. Lorsque l'héritier apparent prend possession de la succession, il ne conste pas même de l'existence d'un autre héritier plus proche. Mais, objecte-t-on, l'héritier présomptif ne peut être envoyé en possession qu'après trente-cinq années d'absence et en vertu d'un jugement. Cela est vrai. Mais la question ainsi posée se réduit déjà à une question de durée de la possession par l'héritier apparent, et nous admettons certainement cet élément comme un de ceux dont le juge doit tenir compte dans l'appréciation des actes de l'héritier apparent. Si ce dernier n'avait eu qu'une possession de peu de durée, elle ne pourrait pas être considérée comme publique. Quant à l'argument tiré du jugement, on peut y opposer que le titre de l'héritier apparent, *parent du défunt*, est fondé immédiatement sur la *loi*.

Mais voici un des arguments les plus décisifs que nous fournit le titre de l'*Absence*.

L'envoyé en possession définitive peut valablement aliéner les biens de l'absent. Supposons qu'après trente-cinq années d'absence il s'ouvre une succession à laquelle l'absent eût été appelé si son existence eût été reconnue. A son défaut, elle est dévolue à l'envoyé en possession. Or, l'envoi en possession n'a pour objet que les biens que l'absent possédait au jour de sa disparition, et non ses droits futurs et éventuels. (Voy. *suprà*, n° 220.) L'envoyé en possession est donc simplement *héritier apparent* en ce qui concerne cette succession ouverte après la disparition de l'absent (art. 136). L'envoyé peut donc valablement aliéner, et le tiers peut sans danger acquérir les biens qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition, et malgré les trente-cinq années d'absence, il ne pourra disposer en sécurité des biens de la *succession ouverte depuis la disparition* qu'après un nouveau délai de trente ans requis pour la prescription, donc après soixante-cinq années d'absence? Cela n'est pas rationnel ; et si ce système était vrai, la loi pècherait par une grande incohérence. Nous pensons plutôt que, dans ces circonstances, l'absent de retour ne serait pas plus fondé à attaquer les aliénations des *biens de la succession* que les aliénations des biens ayant fait l'objet de l'envoi en possession.

Voilà au moins un cas dans lequel il serait difficile de soutenir le système du strict droit de propriété.

3° Les articles 790 et 811 à 814 prêtent à notre système le plus fort appui et prouvent le peu de sollicitude de la loi pour le droit de propriété de l'héritier. Lorsque, *dans les trois mois et quarante jours* après l'ouverture de la succession, personne ne se présente pour la réclamer, ou qu'il n'y a pas d'héritier connu, le tribunal peut nommer un curateur à la succession vacante, lequel, avec les formalités prescrites par la loi, peut valablement vendre les biens dont elle se compose, et l'héritier qui se présente plus tard doit respecter tous les actes valablement faits avec le curateur. C'est l'annihilation du droit de propriété du véritable héritier. Le droit romain, si peu soucieux du droit de l'héritier, n'attribuait cependant pas des pouvoirs aussi étendus au curateur. Il n'était nommé qu'aux *biens ;* il ne représentait pas l'hérédité ; il n'en

avait que la garde (*custodia*) et l'administration. (Maynz, § 411, notes 21-23.) Aujourd'hui, l'héritier apparent peut, par le moyen du curateur, réaliser toute la succession avec une parfaite sécurité pour les tiers acquéreurs. Il n'a qu'à ne pas se présenter pendant quelques mois, qu'à se tenir à l'écart. Le curateur sera nommé; les biens seront vendus, puis le prétendant se présentera pour en recueillir le produit des mains du curateur. L'héritier véritable qui l'évincerait plus tard ne pourrait pas attaquer les aliénations. Et il est à remarquer que la loi n'impose pas même au curateur l'obligation, prescrite aux successeurs irréguliers (art. 770), de faire des publications et affiches pour divulguer l'ouverture de la succession, ni au tribunal d'observer certains délais avant de nommer le curateur sauf les trois mois et quarante jours (voy. code civil, art. 811-814; code de procédure civile, art. 998-1002).

Mais, dit-on, il est nommé par un *jugement* et ce jugement forme un titre suffisant pour le tiers acquéreur. Nous avons déjà répondu. Ce jugement peut être rendu sans discussion, sans examen préalable s'il y a des héritiers ou non, sans l'emploi des moyens les plus ordinaires pour découvrir les *héritiers;* et néanmoins il forme un titre suffisant. Et si *ce jugement* est un titre suffisant, il est de toute évidence qu'*à fortiori* le jugement qui accorde l'envoi en possession aux successeurs irréguliers (article 770) doit avoir le même effet; car il offre beaucoup plus de garanties, puisqu'il ne peut être rendu qu'après examen de leur titre et après les publications et les affiches d'usage. Il en résultera donc que les aliénations faites par les successeurs irréguliers, plus de trois ans après l'envoi en possession, doivent être tout au moins aussi valables pour l'héritier véritable que celles faites par le curateur. Ne pas l'admettre, ce serait une grande inconséquence. La différence entre la *forme* de la vente dans les deux cas est sans influence sur la question ; les formalités prescrites au curateur sont simplement habilitantes pour compléter sa capacité.

Mais le titre du parent du défunt qui lui donne la saisine, qui est inscrit dans la loi, n'est-il pas aussi respectable que le jugement qui nomme le curateur à la succession vacante ou qui envoie en possession les successeurs irréguliers? Admettre l'un et

repousser l'autre, c'est une nouvelle inconséquence. La qualité de parent et la saisine forment, pour l'héritier apparent, le *même* titre que le jugement de nomination pour le curateur et le jugement d'envoi en possession pour le successeur irrégulier. Il ne dépend pas de lui de s'en créer un autre ; il ne peut pas demander l'envoi en possession ; il y est par la saisine, qui équivaut à l'envoi en possession du successeur irrégulier. L'existence de l'héritier plus proche peut être inconnue. Il est le plus souvent impossible, ou au moins très-difficile, au tiers de savoir s'il y a des héritiers plus proches, car il n'a pas les titres et papiers de famille, et il n'a aucune qualité pour en demander la communication. Il a fait tout ce qui dépendait de lui quand il a examiné et constaté le titre légal de celui avec qui il a traité. (Voy., en ce sens, Cass. fr., 4 août 1875, D., 1876, 1, 123, et 3 juillet 1877, D. P., 1877, 1, 429 et la note), qui consacrent une fois de plus le système que nous défendons.

Ce n'est pas à dire que *toute* aliénation faite par l'héritier apparent soit toujours valable. En toute cause il y a des éléments de fait que le juge aura à apprécier : tels que la bonne foi de l'acquéreur, le caractère de la possession de l'héritier apparent, l'évidence plus ou moins frappante de son droit, etc.

Ce qui vient d'être dit des actes d'aliénation s'applique à plus forte raison aux actes d'administration, tels que baux faits par l'héritier apparent.

1675. La solution que nous venons d'adopter ne s'applique pas au cas où le possesseur de l'hérédité l'a appréhendée, soit sans titre, soit en vertu d'un titre émané de la volonté de l'homme qui se trouvait frappé de nullité ou de révocation, par exemple, d'un testament. Dans ce cas il est souvent possible de contrôler la validité du titre, ou bien l'erreur du tiers ne provient pas de l'omission ou de l'inaction, volontaire ou involontaire, de l'héritier, et ce dernier n'a pas plus été à même de la dissiper que le tiers ou le possesseur de l'hérédité. Et puis, celui qui fonde son droit sur un titre émané de la volonté de l'homme accepte implicitement toutes les chances bonnes ou mauvaises que ce titre renferme. (Voy. en ce sens Demolombe, II, n° 258.)

En **Belgique**, la cour de cassation s'est prononcée contre le système que nous défendons. (Voy. arr. du 7 janvier 1847, P.,

1847, p. 294, et 11 juillet 1878, P., 1878, 304.) Mais le premier arrêt a été rendu précisément dans l'hypothèse où le vendeur des biens revendiqués par l'héritier véritable avait appréhendé la succession en vertu d'un *testament*, donc d'un titre émané de l'homme. Nous n'adoptons pas les motifs de cet arrêt, mais, dans l'espèce, sa décision aurait été juste, quand même la vente eût été faite par l'héritier apparent ; car elle avait été consentie quarante-deux jours après le décès du *de cujus*, donc même avant l'expiration du délai pour faire inventaire et pour délibérer. Sa possession n'aurait donc pas eu une publicité suffisante.

TITRE II.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1676. Ce titre comprend les deux principales dispositions *à titre gratuit*, les donations entre-vifs et les actes de dernière volonté.

Une libéralité ou une disposition à titre gratuit, en sens général, est un acte par lequel une personne transmet, sans nécessité juridique (*nullo jure cogente*) et sans en recevoir l'équivalent, tout ou partie de son patrimoine à une autre personne dans le but d'enrichir cette dernière. La libéralité peut avoir pour objet tout bien quelconque qui est dans le commerce, donc un droit réel ou un droit personnel. Ainsi on peut la faire par la transmission de la propriété d'une chose corporelle (*dando*), ou par une promesse contractée envers le gratifié (*promittendo*), ou en libérant ce dernier d'une obligation dont il était grevé (*liberando*).

Les dispositions à titre gratuit sont susceptibles de toutes les modalités auxquelles les actes juridiques en général sont soumis ; elles peuvent être pures et simples, ou conditionnelles, ou *sub modo*, ou faites à terme.

La libéralité s'appelle une *donation entre-vifs* lorsque celui qui

en est l'auteur préfère le gratifié à lui-même et se dépouille actuellement en sa faveur; elle s'appelle *acte de dernière volonté* lorsque celui qui en est l'auteur dispose pour le temps où il n'existera plus; dans ce cas, il préfère à ses propres héritiers le gratifié, mais il se préfère lui-même à ce dernier.

L'article 893 du code porte qu' « on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament ». Cette règle sera expliquée *infrà*, au n° 1685.

1677. L'homme peut-il, d'après le droit naturel, disposer à titre gratuit? Il le peut sans aucun doute par donation entre-vifs. C'est une conséquence immédiate du droit de propriété et de la liberté individuelle; admettre l'une, c'est admettre l'autre. La propriété est le droit de disposer d'une chose de la manière la plus étendue et la plus absolue, sauf les limites tracées par le droit d'autrui et par le droit social. La libéralité est la manifestation extérieure d'un sentiment d'affection, de bienveillance ou de bienfaisance, le plus souvent même l'accomplissement d'un devoir moral. Le droit (objectif) a pour but de garantir à l'homme sa liberté morale, donc la faculté d'accomplir son devoir. De plus la bienfaisance, l'abnégation, l'abandon de son propre bien au profit d'autrui ne peut, en principe, jamais blesser le droit d'autrui ni celui de la société.

Aussi tous les auteurs admettent-ils le droit naturel de l'homme de disposer de ses biens à titre gratuit entre-vifs. Pothier nous dit que la donation entre-vifs étant du droit des gens, il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, quoiqu'elles ne jouissent pas du droit civil, par exemple les étrangers, peuvent donner entre-vifs. (*Traité des donations entre-vifs*, art. I.) Les auteurs du code civil sont partis du même principe. (Voy. Exposé des motifs, n°s 1-3. Rapport au Tribunat, n° 1; Discours au Corps législatif, n° 1, Locré, t. XI, p. 351 et suiv.; 433, 491. Troplong, *Tr. des donations entre-vifs et testamentaires*, n°s 8-11.)

Mais des doutes sérieux ont été élevés sur le point de savoir si l'homme peut disposer de ses biens pour le temps où il ne sera plus. Nous avons déjà essayé de justifier ce droit, au titre des *Successions* (voy. *suprà*, n° 1239); les auteurs du code civil l'ont aussi considéré comme un droit naturel. (Voy. les passages ci-dessus cités et Troplong. *loc. cit.*, n°s 12-30.)

La loi, qui règle l'exercice de la liberté de disposer à titre gratuit, ainsi que de toutes les autres libertés, peut y apporter des restrictions, soit dans l'intérêt du disposant lui-même (articles 513-515), soit au profit d'autres personnes, soit pour des raisons politiques ou sociales.

1678. Ce titre contient neuf chapitres; les trois premiers contiennent des règles communes aux donations entre-vifs et aux dispositions testamentaires; le quatrième est spécial aux donations entre-vifs, dont il détermine les formes et les effets; le cinquième s'occupe spécialement de la forme des testaments et des dispositions testamentaires de toute espèce; les sixième et septième contiennent encore des règles communes aux donations et aux testaments, en ce qui concerne les substitutions et les partages faits par les ascendants; le huitième traite spécialement des donations faites par contrat de mariage, et le neuvième, des dispositions entre époux.

Nous suivrons, dans notre exposé, l'ordre du code.

II. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1679. Dans cette matière, comme dans beaucoup d'autres, deux législations se partageaient l'ancienne France. Les règles suivies dans les pays du *droit écrit* différaient en plusieurs points, tant quant à la forme que quant au fond, de celles des *pays coutumiers*.

1° *Le droit romain*, en vigueur dans les pays du Midi, permettait de disposer à titre gratuit de diverses manières.

Quant au *fond*, on pouvait faire une donation entre-vifs, qui était régie par les principes généraux sur les conventions et qui était immédiatement translative de propriété si le donateur était propriétaire de la chose donnée et s'il en avait fait la tradition au donataire.

On pouvait instituer quelqu'un héritier ou légataire, ou lui faire une donation à cause de mort (*mortis causa donatio*). Cette dernière participait à la fois de la nature des donations parce qu'elle devait être *acceptée*, et de la nature des legs parce qu'elle était *révocable*. A cause de son caractère mixte, elle faisait souvent naître des contestations en pratique, parce qu'il était difficile

d'apprécier si ce n'était pas plutôt un legs ou une donation entre-vifs que le disposant avait voulu faire. (§ 1, J., *De donationibus*, 2, 7; tit. D., *De mortis causa donat.*, 39, 6; tit. C., *eod.*, 8, 57.)

Le droit romain admettait encore comme acte particulier de disposition le partage que le père ou les autres ascendants pouvaient faire de leurs biens entre leurs enfants. (Fr. 20, § 3, D., *Familiæ erciscundæ*, 10, 2; *Nov.* 18, cap. 7; *Nov.* 107, cap. 3.)

Une libéralité pouvait être donnée directement au gratifié, ou par fidéicommis.

L'institution d'héritier était la condition essentielle de la validité (*caput et fundamentum*) du testament. L'héritier institué avait la saisine. On suivait la règle : *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* (Voy. *suprà*, n°s 1244-1248.)

Quant à la *forme*, la donation non revêtue de la forme de la stipulation était anciennement un simple *pacte* (*nudum pactum*) qui n'engendrait qu'une obligation naturelle. Justinien ayant déclaré ce simple pacte civilement obligatoire y attacha une action en exécution; dès lors ce pacte fut appelé *legitimum*; l'action en exécution était une *condictio ex lege* fondée sur la loi 35, § 5, C., *De donationibus*, 8, 54. Mais la donation n'était astreinte à aucune formalité; c'était un contrat consensuel, obligatoire par le seul consentement, fût-il même purement verbal; seulement la transcription dans les registres publics (*insinuatio*) en était prescrite à peine de nullité, lorsqu'elle avait pour objet une somme excédant 500 solides (*solidi*) (L. 36, § 3, C., *h. t.*, 8, 54.)

Une disposition de dernière volonté pouvait être faite par testament et par codicille dressé conformément aux lois romaines, qui admettaient même un testament purement oral, testament *nuncupatif* (*per nuncupationem*). Toutefois, il paraît que ce dernier ne fut pas admis en France; mais, dans quelques contrées, on permettait le testament olographe. (Dalloz, n° 53.)

La donation à cause de mort pouvait être faite dans la forme des donations entre-vifs ou dans la forme codicillaire.

Les ascendants pouvaient faire le partage de leurs biens entre leurs descendants par un simple acte écrit, signé par eux et par leurs descendants ou par les ascendants seuls.

1680. 2° Le *droit coutumier* admettait les *donations entre-vifs*. Mais il y avait une grande controverse sur la question de savoir

si la donation entre-vifs devait nécessairement avoir pour effet le dessaisissement absolu du donateur, en d'autres termes, si elle pouvait avoir pour objet seulement des biens présents, ou aussi des biens à venir. Avant l'ordonnance de 1731, les *formes* de cette donation étaient variables; dans quelques contrées de la France, elle pouvait être faite par acte sous seing privé; mais plus généralement elle devait être faite par acte public. (Voy. Dalloz, *Nouv. Répert.*, v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n° 49.)

Le droit des pays coutumiers n'admettait pas l'*institution d'héritier* (*suprà*, n° 1245); c'est pourquoi les actes de dernière volonté y étaient considérés comme de simples *codicilles*, et les institués comme légataires.

On n'y admit que *deux formes* pour faire un acte de dernière volonté, qui furent celle du testament public et celle du testament olographe. Le testament mystique n'y était pas permis. La forme du testament public, précisément parce que l'objet en était plus limité, était moins solennelle que d'après les règles du droit écrit. Il suffisait qu'il fût fait devant deux notaires, ou devant le curé de la paroisse ou son vicaire et un notaire, ou devant le curé ou le vicaire et trois témoins.

De même que le droit romain, l'ancien droit français consacra d'autres manières de disposer à titre gratuit : il admit les substitutions, les donations à cause de mort, l'institution contractuelle, le partage d'ascendants, la démission de biens.

1681. 3° *Les ordonnances royales.* « Frappé des fluctuations que la variété des législations imprimait à la jurisprudence dans des matières essentiellement pratiques et sur des questions susceptibles de se reproduire chaque jour, le chancelier d'Aguesseau se proposa de couper court aux divergences qui se produisaient dans les parlements et les conseils souverains, en édifiant une ordonnance générale sur ce que les coutumes contenaient de dispositions sages et le droit romain de saines doctrines. Une enquête fut ouverte dans cette vue; les cours furent consultées par l'intermédiaire des principaux magistrats; en même temps était formée une commission composée de quatre conseillers d'État, à laquelle les réponses des cours devaient être adressées; un projet fut dressé ensuite et discuté avec d'Aguesseau lui-

même, et en février 1731 parut l'ordonnance sur les *donations*. A quatre années de distance et à la suite des mêmes informations, parut l'ordonnance d'août 1735 sur les *testaments*. » (Dalloz, *loc, cit.*, n° 59.)

L'ordonnance de 1731, à laquelle se rattachaient la déclaration du 17 février 1731 et les lettres patentes du 3 juillet 1769 sur les formalités de l'insinuation, fut obligatoire pour toute la France et introduisit une législation presque uniforme, sans toutefois effacer toutes les différences entre les règles du droit écrit et celles du droit coutumier. Quant à la *forme*, elle posait en principe « que tous actes portant donation entre-vifs seraient passés devant notaires et qu'il en resterait minute, à peine de nullité » (art. 1er). Cette ordonnance est la principale source du code dans la matière des donations; mais elle a été complétée par des dispositions prises tant dans le droit romain que dans les coutumes.

L'ordonnance de 1735 sur les *testaments* n'introduisit pas une législation uniforme. Elle conserva, sauf quelques exceptions (par exemple, elle abolit d'une manière absolue le testament nuncupatif), les différentes formes de tester admises par les deux législations, tout en réglant d'une manière plus certaine les formalités spéciales aux divers testaments.

Les auteurs du code civil ont emprunté les diverses formes des testaments, tant au droit écrit (par exemple le testament mystique) qu'au droit coutumier (par exemple le testament olographe). Ils ont puisé leurs principales dispositions dans l'ordonnance de 1735.

1682. 4° *Droit intermédiaire*. Les règles établies par les deux ordonnances mentionnées au numéro précédent ont été en vigueur jusqu'à la promulgation du code civil, sauf les modifications qui y ont été transitoirement apportées par la législation intermédiaire qui atteignit aussi, dans d'autres parties, les dispositions à titre gratuit. Les principaux actes de cette législation sont :

Les lois des 16-20 mars et 8 septembre-14 octobre 1790 décrétèrent que les religieux qui, par suite de la suppression des ordres, rentraient dans l'ordre civil pourraient disposer des biens qu'ils acquéraient;

Le décret des 8-15 avril 1791 portait que les étrangers pourraient disposer et recevoir en France par tous les moyens qui y étaient autorisés;

Le décret des 25 octobre-14 novembre 1792 abolissait les substitutions;

Celui des 7-11 mars 1793 abolit la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe, et ordonna, en conséquence, que tous les descendants auraient un droit égal sur le partage des biens de leurs ascendants;

Le décret du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) annula rétroactivement toutes les donations entre-vifs faites depuis et y compris le 14 juillet 1789, ainsi que les institutions contractuelles et toutes dispositions à cause de mort dont l'auteur était encore vivant ou n'était décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis, quand mêmes elles auraient été faites antérieurement;

Le décret du 5 floréal an III (24 avril 1795) prononça la suspension de toute procédure ou de toute action commencée par suite de l'effet rétroactif ordonné par la loi du 17 nivôse an II;

Les décrets des 9 fructidor an III (26 août 1795), 3 vendémiaire an IV (25 septembre 1795) et la loi du 18 pluviôse an V (6 février 1797) contenaient des dispositions relatives à cette rétroactivité (voy. *suprà*, n° 1251);

La loi du 4 germinal an VIII (25 mars 1800) restitua au père de famille la faculté de disposer, dont les lois antérieures l'avaient privé, et étendit considérablement la quotité disponible. (Dalloz, *loc. cit.*, nos 68 et 69.)

1683. 5° *Le code civil.* Nous avons déjà indiqué les principales sources dans lesquelles les auteurs du code ont puisé les dispositions de ce titre, dont la discussion au conseil d'État a commencé le 30 nivôse an XI (20 janvier 1803) par un rapport de Bigot-Préameneu sur la légitime des enfants, des ascendants et la réserve au profit des frères et sœurs. Elle fut terminée dans la séance du 24 germinal an XI (24 avril 1803) sous la présidence du premier consul.

L'Exposé de motifs a été fait par Bigot-Préameneu, le rapport au Tribunat par Jaubert; et le discours au Corps législatif, présentant le vœu d'adoption de la loi, a été prononcé par Favard.

Le titre des *Donations entre-vifs et des Testaments* a été décrété par le Corps législatif le 13 floréal an XI (3 mai 1803) et promulgué le 23 floréal (13 mai) de la même année.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES (art. 893).

1684. Dans ce chapitre, le Code établit les manières dont on peut disposer à titre gratuit; il définit sommairement la donation entre-vifs et le testament et traite de quelques restrictions apportées à la liberté de disposer, notamment des substitutions et des conditions prohibées.

I. DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DE DISPOSER A TITRE GRATUIT.

1685. L'article 893 porte : « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies. » Cette disposition a pour source directe l'article 3 de l'ordonnance de 1731 ainsi conçu :

« Toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet dans les pays mêmes où elles sont expressément autorisées par les lois ou par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testaments ou les codicilles, en sorte qu'il n'y ait à l'avenir que *deux formes* de disposer de ses biens, dont l'une sera celle des donations entre-vifs, et l'autre celle des testaments ou codicilles. »

Mais l'article 893 a une portée plus étendue que l'article 3 de l'ordonnance de 1731. La différence entre les deux rédactions le prouve. L'article 3 ne concernait que la *forme* des dispositions. L'article 893 concerne aussi le fond du droit; il ne dit pas seulement que l'on ne pourra plus disposer que dans la *forme* des donations, mais il dit *par* donation entre-vifs. Il exige donc aussi que la disposition soit conforme aux règles intrinsèques sur les donations, de sorte qu'aujourd'hui, pour être valable, une dispo-

sition à titre gratuit doit réunir les formalités extrinsèques et les conditions intrinsèques prescrites pour les donations entre-vifs ou pour les testaments (arg. art. 711).

Cette règle a un double but : d'abord d'abolir les donations à cause de mort, à raison de la *révocabilité* à laquelle elles étaient soumises, et de consacrer d'une manière absolue le principe : *Donner et retenir ne vaut;* ensuite d'abolir les codicilles et de rendre uniforme le mode de disposer par acte de dernière volonté.

1686. Toutefois, il ne faut pas tirer de l'article 893 la conséquence que l'on ne puisse plus faire aujourd'hui une donation ayant *quelques-uns* des caractères de l'ancienne *mortis causa donatio*. Ainsi, le donateur peut faire dépendre sa libéralité de la condition que le donataire lui survivra; ou bien il peut y ajouter la condition suspensive qu'il n'échappera pas à tel danger de mort dans lequel il se trouve, ou la condition résolutoire que la donation sera censée non avenue s'il échappe à ce danger (arg. art. 951). (Cass. fr., 2 avril 1862, D., 1863, 454). Mais ce qui n'est plus permis, c'est de stipuler la révocabilité pure et simple ou la révocabilité sous une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur (art. 944).

Il ne faut pas non plus conclure de l'article 893 que l'intervention du légataire dans un testament et l'acceptation du legs fait à son profit, même la délivrance de la chose léguée du vivant du testateur, porte atteinte à la validité de la disposition. *Utile per inutile non vitiatur*. Mais la disposition n'en conserve pas moins le caractère d'un véritable legs toujours révocable; la propriété de la chose ne serait pas immédiatement transmise. (Zachariæ, Aubry et Rau, § 644; Paris, 23 nov. 1876, D., 1877, 2, 111.)

1687. La règle de l'article 893 souffre deux exceptions :

1° Par contrat de mariage on peut faire des dispositions à titre gratuit qui ne sont ni des donations entre-vifs, ni des testaments, ou plutôt qui participent du caractère des uns et des autres (voy. *infrà*, chap. VIII);

2° Les donations faites entre époux sont toujours révocables (art. 1096).

1688. Il ne faut pas donner à l'article 893 le sens que toute libéralité entre-vifs, qui ne serait pas revêtue de la forme pres-

crite pour les actes portant donation (art. 931), serait nulle. Ainsi, par exemple, le don manuel, la renonciation à une succession ou à une créance sont des actes de libéralité parfaitement valables, comme nous le verrons *infrà*, au chapitre IV, section Ire.

II. NOTIONS GÉNÉRALES DE LA DONATION ENTRE-VIFS ET DU TESTAMENT (art. 894, 895).

1689. Le code définit sommairement chacun de ces modes de dispositions.

« La donation entre-vifs, dit l'article 894, est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. »

« Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer » (art. 895).

Nous nous bornons ici à retracer ces définitions, en renvoyant les détails aux chapitres IV et V, siéges de ces matières, afin de ne pas morceler les explications.

III. DE QUELQUES RESTRICTIONS DE LA LIBERTÉ DE DISPOSER.

1690. En principe chacun a la plus grande liberté de disposer de ses biens comme il veut, soit purement et simplement, soit à terme ou sous condition, soit avec ou sans charges, et avec telles modalités qu'il juge à propos. Mais cette liberté n'est pas absolue; elle a des limites fixées par la loi, ou par les bonnes mœurs (art. 6, 537, 544, 1172, 1387).

Les restrictions apportées par la loi à la liberté de disposer de ses biens ont pour cause ou l'intérêt privé, ou l'intérêt ou l'ordre public.

Dans le doute, il faut se prononcer pour la liberté de disposer de ses biens.

Les restrictions dont le code s'occupe dans ce chapitre sont les *substitutions* et les *conditions illicites ou impossibles*.

A. *Des substitutions.*

1. NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

1691. Une *substitution*, en sens général, est une institution qui vient en sous-ordre, c'est-à-dire, à *défaut* d'une autre ou *après* une autre institution.

Les Romains distinguaient trois espèces de substitutions :

1° La *substitution vulgaire* (*substitutio vulgaris*). C'était la disposition par laquelle un tiers était appelé à recueillir une hérédité ou un legs dans le cas où l'héritier ou le légataire institué ne voudrait ou ne pourrait le recueillir. (Tit. J., *De vulgari substitutione*, 2, 15 ; tit. D., *De vulgari et pupillari substitutione*, 28, 6 ; tit. C., *De institutionibus et substitutionibus*, 6, 25.) Le code l'a maintenue (art. 898).

2° La substitution *pupillaire* (*substitutio pupillaris*). C'était la disposition par laquelle le père de famille instituait dans son propre testament un héritier à son enfant impubère, après avoir institué un héritier pour lui-même. (Voy. tit. J., 2, 16 ; tit. D., 28, 6; tit. C., 6, 26.)

3° La substitution *exemplaire* (*substitutio quasi pupillaris s. exemplaris, s. Justinianea*), introduite par Justinien à l'instar de la précédente, par laquelle un ascendant, après avoir institué son héritier à lui, en instituait un pour son descendant qui était en démence. (§ 1, J., 2, 16; l. 9, C., *De impuberum substitutionibus*, 6, 26.)

Ces deux dernières, reçues seulement dans les pays de droit écrit, ont été expressément abolies par l'article 61 de la loi du 17 nivôse an II et n'ont plus été rétablies par le code. La substitution vulgaire, appelée aussi *directe*, était admise sous les deux législations ; sous les coutumes, au moins dans les legs (institution d'*héritier* ne vaut).

1692. En France, les jurisconsultes donnaient aussi le nom de *substitutions* ou *substitutions fidéicommissaires* aux *fidéicommis* du droit romain.

Le fidéicommis est une disposition par laquelle le disposant prie la personne instituée (le fiduciaire) (*fidei ejus committit*) de remettre, soit de son vivant et immédiatement, soit après un

certain temps, soit après sa mort, l'objet de l'institution à une autre personne. Le droit romain permettait d'ordonner cette restitution à plusieurs générations successives, dont Justinien limita le nombre à *quatre* par la Novelle 159, chap. II.

Les règles sur les fidéicommis romains sont devenues les sources des substitutions françaises.

L'institution des biens de famille inaliénables ou stemmatiques se trouve dans le vieux droit germanique. Mais les substitutions françaises n'ont pas leur racine dans les vieilles traditions du droit germanique; car les anciennes coutumes n'en parlent pas.

Les substitutions fidéicommissaires, par suite desquelles les biens devenaient inaliénables et devaient se transmettre de génération à génération, furent introduites en France comme le meilleur moyen de conserver la richesse, la splendeur et la puissance des grandes familles. Elles furent combinées avec les priviléges de primogéniture et de masculinité. Elles étaient en grande faveur et pouvaient être créées même à perpétuité. Elles ne tardèrent pas à engendrer de grands abus et des procès nombreux et compliqués, et déjà longtemps avant que le chancelier d'Aguesseau écrivît, dans la lettre du 24 juin 1730, que « l'abrogation entière de tous les fidéicommis serait peut-être la meilleure de toutes les lois », de célèbres jurisconsultes, tels que Guy Coquille, Alciat et Menochius, avaient combattu cette institution comme odieuse, embarrassante, propre à la fraude et peu utile à l'intérêt public.

Diverses ordonnances ont réglé cette matière. L'article 59 de l'ordonnance d'Orléans, du 31 janvier 1560, défendait de faire à l'avenir des substitutions au delà de deux degrés après la première institution, celle-ci non comprise. Elle ne fut pas appliquée aux fidéicommis existants, mais seulement à ceux qui pourraient être établis à l'avenir.

L'ordonnance de Moulins, du mois de février 1566, article 57, limita au quatrième degré les substitutions établies avant 1560.

L'ordonnance de Louis XV, du mois d'août 1747, avait pour but de réglementer tout le régime des substitutions, fort simple à son origine, comme elle le dit dans son préambule, mais qui était devenu beaucoup plus composé, depuis qu'elles avaient été

étendues à une longue suite de générations. L'article 30 de cette ordonnance renouvela la défense précédente de faire des substitutions au delà du deuxième degré. (Demolombe, XVIII, n[os] 52-59; Troplong, n[os] 86-87.)

Par le décret du 14 novembre 1792, la Convention nationale abolit les substitutions fidéicommissaires d'une manière absolue pour l'*avenir;* elle déclara sans effet celles faites et non encore ouvertes avant ce décret, de sorte que les biens devenaient libres entre les mains des grevés.

Le code civil a maintenu la prohibition des substitutions, afin de consacrer le principe de l'égalité entre tous les héritiers, et de proscrire l'indisponibilité et l'inaliénabilité des biens, contraires à l'intérêt public.

Il y a exception à cette prohibition dans les cas prévus par les articles 1048 et suivants (art. 897).

2. DES SUBSTITUTIONS VULGAIRES OU PERMISES.

1693. Les substitutions vulgaires sont conservées par l'article 898 du code civil, ainsi conçu : « La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire, ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution et sera valable. »

Le code n'a pas donné à cette disposition le nom de *substitution* parce que sous ce nom on désignait spécialement les substitutions fidéicommissaires, et peut-être aussi afin de ne pas éveiller les susceptibilités populaires, les anciennes substitutions qui rappelaient la constitution aristocratique de la société étant regardées d'une manière très-défavorable. On se rappelle que c'est pour une raison semblable que le code n'a pas conservé le terme *servitudes personnelles* pour les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. (Voy. *suprà,* n° 965, Demolombe, n° 74.)

Cette substitution est le plus usitée dans les actes de dernière volonté, parce que le testateur ne peut savoir si l'héritier ou le légataire pourra ou voudra recueillir la libéralité à laquelle il est appelé. Elle peut aussi se trouver dans les donations entre-vifs faites sous une condition suspensive ou résolutoire : par exem-

ple, je donne à Pierre sous telle condition; si cette condition ne s'accomplit pas, je donne le même bien à Paul; ils acceptent tous les deux.

On peut encore s'imaginer cette substitution ou vocation éventuelle dans un acte de donation auquel le donataire n'est pas présent et qu'il devrait accepter par un acte postérieur (art. 932). Mais on ne peut pas se l'imaginer dans une donation entre-vifs pure et simple acceptée dans le même acte.

Dans le cas de la substitution appelée vulgaire, il n'y a jamais qu'*une seule* institution, et non deux institutions successives. Si le premier appelé recueille le don, la substitution est caduque; s'il ne le recueille pas, son institution n'a jamais reçu d'effet, elle est censée non avenue, et l'appelé en second ordre seul a été institué.

3. DES SUBSTITUTIONS PROHIBÉES.

1694. L'article 896 porte :

« Les substitutions sont prohibées.

« Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire. »

Ce que le code a voulu défendre par cette disposition, ce sont les *substitutions fidéicommissaires* de l'ancien droit, appelées *substitutions* tout court par les jurisconsultes français.

Il importe donc d'examiner : 1° quels sont les caractères distinctifs de la substitution; 2° quelles règles d'interprétation il faut suivre lorsqu'un acte présente les caractères d'une substitution; 3° quels sont les effets de la substitution; 4° comment elles peuvent se prouver.

a. *Des caractères distinctifs de la substitution.*

1695. Les auteurs diffèrent dans l'énumération des conditions nécessaires pour constituer une substitution. On peut les réduire à deux, savoir : 1° une double disposition établissant un *ordre successif;* 2° charge de conserver et de rendre. Les autres conditions ne sont que des corollaires de l'une ou de l'autre.

1696. I. Il faut une *double* disposition ayant pour objet deux donations ou legs des mêmes biens au profit de *deux* personnes, appelées l'*une après la mort de l'autre*. Le premier institué est le *grevé*, le second l'*appelé*. La propriété des biens donnés doit reposer *successivement* sur la tête de l'une et de l'autre de ces personnes; le second gratifié ou l'appelé reçoit les biens *directement* du grevé, et *indirectement* du disposant par l'entremise du premier gratifié; c'est pour cette dernière raison que les substitutions fidéicommissaires étaient autrefois appelées indirectes ou *obliques*. Il y a *une* volonté, mais *deux* institutions, deux transmissions : le grevé reçoit du disposant, l'appelé reçoit du grevé.

De cette définition découlent les conséquences qui suivent :

A. Le droit de l'appelé est subordonné à la condition de sa *survie* au grevé; c'est ce qui constitue l'*ordre successif*. De là il résulte que la capacité de l'appelé pour recevoir doit exister au moment du décès du grevé, et seulement à ce moment, et non au décès du disposant.

B. Il y a nécessairement un trait de temps (*tractus temporis*) entre l'ouverture du droit du grevé et l'ouverture du droit de l'appelé, autrement il n'y aurait pas *deux* institutions *successives*. Il résulte du corollaire mentionné sous littéra *A* que, pour qu'il y ait une véritable substitution, ce trait de temps doit durer pendant toute la vie du grevé.

Il est vrai que l'article 896 n'exige pas expressément la condition de l'ordre successif ou du trait de temps pour que la substitution soit prohibée. Mais, dans l'ancien droit, l'ordre successif, tel qu'il vient d'être défini, était précisément le caractère *distinctif* des substitutions fidéicommissaires, et les discussions prouvent que les législateurs ont voulu prohiber les substitutions telles qu'elles étaient autrefois en usage. Cette thèse est confirmée par les exceptions de l'article 897; car les substitutions des articles 1048 et suiv., exceptionnellement permises, ont précisément ce caractère d'un ordre successif.

1697. Applications de cette première règle. Il n'y a pas de substitution dans les cas suivants :

1° Si une personne est appelée *à défaut* de l'autre (art. 898 et *suprà*, n° 1693);

2° Lorsque l'usufruit d'une chose a été donné à l'un, la nue

propriété à l'autre (art. 899); car chacun d'eux est alors institué sur une *autre* chose; pour qu'il y ait substitution, il faut que les deux personnes soient instituées sur la *même* chose (Paris, 27 nov. 1877, D., 1878, 2, 188);

3° Si plusieurs personnes sont appelées l'une après l'autre à jouir de l'usufruit du même bien. Car elles ne sont pas instituées sur *la même chose,* puisque l'usufruit s'éteint par la mort (art. 617), et l'usufruitier décédé ne peut transmettre *son* usufruit à une autre personne. L'usufruitier institué en second ordre reçoit un *nouvel* usufruit des mains des héritiers du testateur, mais il ne reçoit rien de l'usufruitier prédécédé;

4° Dans le cas d'une véritable *fiducie,* c'est-à-dire lorsqu'une personne a été chargée de tenir en dépôt une succession ou certains biens et de les administrer jusqu'à l'époque où elle doit les rendre à l'héritier ou au légataire désigné dans l'acte de disposition. (Limoges, 13 mai 1867, D., 1867, 2, 81.) Dans ce cas, il n'y a pas de double transmission, donc pas d'ordre successif, ni de droit éventuel subordonné à la condition de la survie de celui à qui les biens doivent être rendus. La propriété appartient, à l'instant même, à celui à qui les biens doivent être rendus, et il la transmet à ses héritiers. Une semblable disposition peut, si son caractère n'est pas nettement défini, présenter des doutes, et la question de savoir si elle renferme une fiducie ou un véritable fidéicommis est abandonnée à la prudence du juge qui doit rechercher, d'après les termes dans lesquels elle est conçue et les circonstances de fait, si l'intention du testateur a été d'instituer le grevé plutôt dans l'intérêt des appelés que dans celui du grevé. Ainsi, par exemple, si le moment de la restitution avait été différé jusqu'au décès du grevé et que ce dernier eût le droit de jouir des fruits, la disposition serait plutôt censée renfermer une substitution. Mais il n'y aurait pas de substitution si le grevé devait rendre les biens à une époque *déterminée,* ou s'il avait la charge *indéterminée* de rendre (car *qui sine die debet, statim debet*); ou s'il devait rendre sous une condition autre que celle de la survie de l'appelé, par exemple si ce dernier revenait de l'armée, ou s'il atteignait un âge fixe (Zachariæ, Aubry et Rau, § 694 1°, notes 9-11; Demolombe, n° 105);

5° Il ne faut pas confondre avec les substitutions prohibées les

legs conditionnels que la loi autorise formellement (art. 1040), bien qu'ils puissent offrir quelque ressemblance avec les premières et en présenter plusieurs inconvénients résultant d'une longue rétroactivité. Mais ces inconvénients ne suffisent pas pour les assimiler aux substitutions, puisqu'ils se rencontrent également dans les conventions conditionnelles.

Les différences essentielles entre ces deux dispositions sont :

A. Le legs conditionnel ne renferme pas *deux* dispositions, mais seulement *une* au profit de l'institué. Car en vertu de l'effet rétroactif de la condition, le légataire institué est censé avoir toujours été *propriétaire* de la chose léguée, tandis que dans les substitutions il y a *deux* propriétaires successifs.

B. Le légataire conditionnel doit avoir été au moins conçu au moment du décès du *disposant*, tandis qu'il suffit que l'appelé à une substitution existe au moment du décès du *grevé*.

Par application de cette dernière règle, il n'y aurait pas de substitution, par exemple, dans le cas où le testateur aurait donné l'usufruit à Paul et la nue propriété à ses enfants nés ou à naître, et, en cas de décès de Paul sans enfants, à Pierre. Car, si, au moment du décès du disposant, Paul a des enfants, ils sont institués sur la nue propriété, sous la *condition* résolutoire de leur décès avant leur père, et Pierre est légataire sous cette même condition suspensive. Si Paul n'a pas d'enfant au moment du décès du disposant, le legs de la nue propriété au profit de ses enfants à naître est caduc (art. 906) et Pierre est légataire pur et simple de la nue propriété. Dans aucun cas, il n'y a eu double transmission de la propriété. (Zachariæ, Aubry et Rau, § 694 1°, note 8; Demolombe, n° 117.)

1698. L'application des règles énoncées aux deux numéros précédents a fait naître quelques controverses.

1° On s'est demandé s'il y a substitution lorsque l'héritier *ab intestat* a été chargé par le testateur de rendre à un tiers, soit immédiatement après l'ouverture de la succession, *snit même à son décès*, tout ou partie des biens composant sa portion héréditaire.

Si la restitution doit avoir lieu immédiatement, il y a simple *fiducie* (voy. n° 1697, 4°). Dans le second cas, il y a doute. Pour

soutenir qu'il n'y a pas *double institution*, on dit que l'héritier *ab intestat* recueille la succession en vertu de la loi, et non par la volonté du défunt. (Zachariæ, § 694, 1°, note 6.)

L'opinion contraire est juste en ce sens que la charge de conserver et de rendre est nulle et n'oblige pas l'héritier *ab intestat*; que cette solution est conforme à l'ancien droit et prévue par les articles 1 et 2 du titre II de l'ordonnance de 1747, et que la doctrine contraire aurait pour effet d'effacer en grande partie la prohibition de la loi et de faire revivre en grande partie les anciennes substitutions qui étaient souvent mises à la charge des héritiers légitimes. (Demolombe, n° 91.)

Mais il importe de faire observer que l'alinéa 2 de l'article 896 n'est pas applicable à ce cas et que *toute* la disposition n'est pas nulle à l'égard de l'héritier. La clause qui grève l'héritier *ab intestat* doit donc être réputée non écrite, conformément à l'article 900. Si l'on appliquait à ce cas l'article 896, alinéa 2, il en résulterait que l'héritier *ab intestat* serait exhérédé et que la succession accroîtrait à son cohéritier ou qu'elle serait dévolue au degré subséquent.

1699. 2° D'après l'article 951 du code, le donateur peut stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donotaire et de ses descendants. C'est une donation sous condition résolutoire. Anciennement le donateur pouvait stipuler le droit de retour non-seulement *pour lui*, mais aussi *au profit de ses héritiers*. Ni la loi du 14 novembre 1792, ni la loi du 17 nivôse an II n'ont abrogé le droit de retour. D'après le code, ce droit ne peut être stipulé qu'au profit du *donateur seul*.

De là la question de savoir quel est l'effet d'un droit de retour stipulé, soit au profit des *héritiers du donateur*, soit au profit d'un *tiers*. Est-ce une substitution prohibée régie par l'article 896 ou simplement une condition illégale réputée non écrite d'après l'article 900?

Quelques auteurs distinguent entre le cas où le retour a été stipulé au profit des héritiers du donateur et celui où il a été stipulé au profit d'un tiers; mais, nous croyons, sans raisons suffisantes. D'après la plupart des auteurs et une nombreuse jurisprudence, malgré les termes *droit de retour*, il n'y a pas un véritable

droit de *retour* dans ces cas, puisque les objets donnés ou légués ne proviennent pas de celui auquel ils devraient faire retour; pour lui, c'est une acquisition *nouvelle*, et non la rentrée dans un droit ancien. La condition résolutoire suivie de la transmission du droit à une autre personne n'est qu'une substitution déguisée avec tous ses effets. (Demolombe, n[os] 109-113; Bruxelles, 20 décembre 1870, P., 1873, 65; Caen, 15 février 1876, D., 1877, 2, 110.) Cela est vrai; mais néanmoins il y a entre la substitution et la clause de retour au profit d'un tiers une différence essentielle, c'est que dans les substitutions il suffit que l'appelé existe au moment de l'ouverture de son droit, tandis que le retour ne peut être stipulé qu'au profit de quelqu'un qui existe au moment du contrat ou du décès du disposant. De cette différence découlent les conséquences suivantes :

Si la disposition renferme une véritable substitution, elle est nulle pour le tout;

Il en est de même si celui au profit duquel le retour est ordonné ou stipulé n'existe pas au moment du décès du testateur ou au moment du contrat.

Mais si elle renferme une clause de retour au profit de quelqu'un qui existe déjà au moment du contrat ou au moment du décès du testateur, la clause est réputée non écrite (art. 951, alin. 2, et 900).

1700. II. Il faut que le disposant ait imposé au gratifié l'*obligation juridique de conserver* les biens donnés ou légués et de les *rendre* au gratifié en second ordre. Ainsi, le simple *conseil*, la *prière* ou la *recommandation* de conserver et de rendre n'impliquent pas substitution. (Liége, 11 juillet 1877, P., 1878, 25.) Mais il n'est pas nécessaire que le testateur se soit servi de termes sacramentels. Le juge apprécie, en fait, si les termes de la disposition impliquent une substitution.

De là il résulte, par exemple, que la disposition portant : « J'institue A, et, après lui, ses enfants »; ou bien, « j'institue A, et après qu'il les aura recueillis, je veux que ses biens reviennent à B », contiendrait une substitution. De même, il y aurait substitution dans la défense d'aliéner les biens donnés au préjudice des héritiers du donataire ou de ceux du disposant. Mais la prohibition de disposer par testament des biens donnés, ou de les aliéner

hors la famille ne renferme pas substitution. (Cass. fr., 11 juillet 1877, D., 1878, 1, 62 et la note.)

1701. De la règle, que c'est la charge de conserver et de rendre qui forme la substitution, il résulte que le fidéicommis appelé *de residuo*, ou de *eo quod supererit*, c'est-à-dire la charge de rendre ce que le gratifié aura encore à son décès, n'est pas une substitution. Car, dans ce cas, il n'y a pas charge de *conserver*.

Mais il y a trois opinions sur le point de savoir quel est l'effet d'une semblable disposition :

1. Suivant quelques-uns, toute la disposition est nulle; c'est une substitution prohibée, parce que la charge de conserver est nécessairement renfermée dans celle de rendre. C'est une erreur manifeste, puisque le grevé ne doit rendre que *s'il* a conservé quelque chose.

2. Suivant d'autres, elle est valable pour l'*institué*, qui peut librement disposer des biens, mais non pour l'appelé en second ordre; d'abord parce qu'elle renfermerait une donation dépendant d'une condition potestative de la part du grevé (art. 1174); puis, parce que ce serait une disposition sur la succession d'une autre personne, contraire aux art. 1130, 791.

3. La disposition est valable pour le grevé et pour l'appelé en second ordre. Cette opinion est juste. Car l'argument tiré du caractère potestatif de la condition ne tient pas, puisque la condition n'est pas potestative de la part du donateur primitif (art. 944), et la loi ne déclare pas nulle la donation dépendant d'une condition placée dans la volonté d'un tiers. Et même, la condition n'est pas *purement potestative* de la part du grevé; ce n'est pas comme si le testateur avait dit : « *Vous rendrez si vous voulez.* » Elle lie sa volonté. Il est libre d'aliéner, mais, s'il n'aliène pas, il doit rendre ; ainsi, par exemple, s'il était incapable d'aliéner, il devrait rendre. (Voy., en ce sens, Gand, 6 mai 1868, B. J., t. 26, p. 1126. Sur cette question, et plusieurs autres concernant les substitutions, voy. Albéric Allard, *De la Prohibition des substitutions d'après la jurisprudence des vingt-cinq dernières années*, article publié en 1866 dans la *Belg. jud.*, t. 24, p. 305 et suiv.; Demolombe, nos 129-134 et les nombreuses autorités qu'il cite.)

1702. Par les mêmes raisons, il faut considérer comme valables :

1° La disposition par laquelle le disposant, tout en chargeant le gratifié de conserver et de rendre les biens à un tiers, l'autorise à les aliéner *en* cas de besoin;

2° Celle par laquelle le gratifié est institué à charge de donner telle somme à un tiers, dans le cas où celui-ci lui survivra.

1703. Mais, il faut bien le remarquer, ces dispositions sont valables, non à titre de *substitutions non prohibées*, mais parce qu'elles ne contiennent point de substitutions. Elles ont plutôt le caractère d'une disposition conditionnelle au profit du gratifié en second ordre. Ainsi, elles ne seraient valables qu'autant que le second gratifié aurait été *conçu déjà au moment du décès du disposant*, ou au moment de la donation entre-vifs. Car la règle de l'article 906, d'après lequel il faut, pour être capable de recevoir entre-vifs, être conçu au moment de la donation, et pour recevoir par testament, à l'époque du décès du testateur, ne reçoit exception qu'à l'égard des donations qui se font par contrat de mariage (art. 1081-1091) et des substitutions en faveur des petits-enfants du donateur ou des enfants de ses frères et sœurs (art. 1048 et suiv.). Donc, si la substitution *in eo quod supererit* avait eu lieu en faveur de quelqu'un qui n'aurait pas encore été conçu à une de ces deux époques, elle serait caduque et l'institution seule serait valable (arg. art. 900 et 906). (Demolombe, n° 134.)

b. *De l'interprétation des actes attaqués comme renfermant substitution.*

1704. Règle générale à suivre : lorsque les termes d'une disposition sont susceptibles de deux interprétations, on doit préférer celle d'après laquelle elle ne contiendra pas de substitution prohibée (arg. art. 1157). Cette règle doit être appliquée de la manière suivante :

1° Toute disposition qui peut s'entendre aussi bien d'une substitution vulgaire que d'une substitution fidéicommissaire doit être considérée comme ne contenant qu'une substitution vulgaire. Par exemple, « j'institue Pierre, et en cas de décès, ou après sa mort, je mets Paul à sa place, ou bien je lui substitue Paul ». Il faut y voir une substitution vulgaire. Le testateur est censé avoir eu en vue le décès de Pierre *avant* lui. Cette disposition, dont les termes embrassent les *deux substitutions*, était au-

trefois appelée *compendieuse*. Il en est de même s'il y a substitution réciproque; par exemple, « j'institue A et B, et les substitue l'un à l'autre ». C'est une substitution vulgaire.

2° Si les termes de la disposition le permettent, il faut les prendre plutôt dans le sens d'un droit d'accroissement, quand même l'accroissement aurait eu lieu de plein droit : par exemple « j'institue plusieurs légataires conjointement, et en cas de prédécès de l'un, les autres recueilleront la totalité du legs ». C'est le prédécès *avant* le testateur.

3° Si les termes n'y résistent pas, il faut plutôt interpréter la disposition comme un fidéicommis *de eo quod supererit* que l'annuler.

4° Ou bien plutôt l'interpréter en ce sens que le testateur a voulu donner à l'un l'usufruit, à l'autre la nue propriété.

5° Les dispositions faites en faveur de deux ou de plusieurs personnes, pour le cas de survie de l'une à l'autre, doivent être interprétées plutôt comme dispositions *conditionnelles*, que dans le sens d'une substitution renfermant charge de conserver et de rendre. (Zachariæ, § 694, n° 2°.)

c. *De l'effet d'une substitution.*

1705. La loi du 14 novembre 1792 défendait et déclarait sans effet seulement les *substitutions*, sans parler de l'*institution*. De là on concluait que la substitution *seule* était nulle, parce qu'étant une condition contraire à la loi, elle était réputée non écrite et que l'institution était valable. Dans le premier temps qui suivit la promulgation du code civil, on soutenait quelquefois le même système, mais à tort. Car, d'après le texte formel de l'article 896, la disposition renfermant une substitution est nulle pour la totalité, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. Aujourd'hui c'est une doctrine incontestée. Le motif de cette nullité radicale, c'est qu'autrement le législateur se serait exposé à intervertir complétement la volonté du disposant, puisque, si la substitution seule avait été déclarée nulle, il eût été difficile de dire si le testateur aurait voulu gratifier plutôt le grevé ou l'appelé; ne pouvant maintenir les deux institutions, le testateur aurait peut-être préféré l'appelé.

1706. Toute la disposition serait encore nulle dans le cas où l'institution aurait été faite dans un testament, la substitution dans un autre.

Mais la substitution à l'égard d'une partie des biens n'entraîne pas la nullité du testament ni celle des autres dispositions qu'il renferme. Ainsi, par exemple, si le legs universel était nul pour cause de substitution, les legs particuliers n'en seraient pas moins valables et devraient être acquittés par les héritiers *ab intestat*. De même, si la charge de conserver et de rendre ne frappait qu'une partie des biens donnés, la disposition n'en serait pas moins valable pour l'autre partie.

Si l'une des deux dispositions contenues dans deux testaments différents était nulle ou caduque, par exemple à cause de la nullité du testament qui la renferme, l'autre serait valable, soit au profit du grevé, ou de l'appelé, car il n'y aurait plus de substitution.

Mais quand même l'un des deux gratifiés renoncerait, après l'ouverture de la succession du disposant, à l'institution faite à son profit, la disposition resterait nulle. Car on ne peut renoncer qu'à un droit, et ni le grevé ni l'appelé ne peuvent invoquer un droit en vertu de la disposition nulle.

1707. Le disposant ne pourrait pas établir une clause pénale contre ses héritiers pour le cas où ils attaqueraient une substitution qu'il aurait faite. Si une semblable clause pouvait être admise, elle deviendrait de style; ce serait donc un moyen indirect de rendre valable une substitution prohibée. On ne peut pas, pour la rendre valable, ajouter une clause pénale à une disposition nulle (arg. art. 1227).

Mais si le testateur, dans la prévision que sa disposition ne serait pas maintenue et qu'elle serait attaquée comme substitution, avait ordonné que sa libéralité serait pure et simple au profit du grevé ou de l'appelé, ou bien si, dans cette même prévision, il avait disposé au profit d'une autre personne, cette disposition serait valable. Car alors, loin de vouloir assurer l'exécution d'une disposition *nulle*, le testateur aurait tout au contraire manifesté sa volonté de se conformer aux lois. On répond que si une clause de ce genre était licite, elle deviendrait de style et enlèverait toute efficacité à la prohibition de la loi,

puisqu'elle priverait, par cela même, les héritiers légaux de l'intérêt qu'ils peuvent avoir à la faire respecter. (Zachariæ, § 694, 3°, note 61; Albéric Allard, dans la *Belgique judiciaire, loc. cit.*, n° VIII). Nous ne pouvons admettre ni cette solution ni le motif qu'elle invoque. Car ce n'est point *au profit des héritiers* que les substitutions sont prohibées, mais pour des raisons politiques et surtout pour qu'il n'y ait point de biens frappés d'une longue inaliénabilité et indisponibilité. Cette prohibition ne porte pas autrement atteinte à la liberté de disposer du testateur. Et que dirait-on si le testateur avait d'abord fait une substitution qu'il aurait formellement révoquée et remplacée par une autre institution pure et simple au profit de n'importe qui? Pourrait-on, dans ce cas, annuler cette institution par le motif que le testateur aurait un moment eu, et immédiatement après abandonné l'idée de faire une substitution. Ce cas ne diffère pas de l'hypothèse que nous avons posée. Ce serait annuler une disposition valable *uniquement* parce que le testateur a eu un moment l'*intention* de faire une disposition défendue par la loi. (Voy. conf. Demolombe, n°s 188, 189.)

d. *De la preuve de la substitution.*

1708. Suivant quelques auteurs, cette preuve ne peut résulter que de l'acte même qui renferme la disposition, c'est-à-dire d'un testament ou d'un acte de donation entre-vifs. Suivant d'autres elle peut aussi être fournie à l'aide d'autres éléments, par exemple, par le serment, par un interrogatoire sur faits et articles, par lettres missives ou autres écrits ou par témoins. (Limoges, 13 juillet 1870, D., 71, 2, 12; cass. fr. 15 décembre 1875, D. 1876, 1, 325.)

La première opinion se fonde sur ce que, quand même il serait prouvé, en dehors du testament ou de la donation, que la substitution a été faite, elle n'aurait pas de force obligatoire, et le grevé serait libre de l'exécuter ou non (*frustra probatur quod probatum non relevat*). Dès lors aucun des inconvénients des substitutions n'existe, et il n'y a pas de raison de l'annuler.

Cette opinion est juste; car, si la charge de conserver et de rendre n'est pas imposée par le testament ou par la donation entre-vifs, elle ne constitue pas une obligation juridique, mais

seulement un devoir moral, et une des conditions essentielles de l'existence même de la substitution fait défaut. (Voy. *suprà*, n° 1700 et Zachariæ, § 694, 4°, note 64; Alb. Allard, *loc. cit.*, n° VI.)

L'opinion contraire se fonde sur ce qu'il y a une *fraude à la loi* que l'héritier peut prouver par tous les moyens de droit, et elle invoque l'analogie de l'article 911, d'après lequel il est permis de prouver qu'une libéralité a été faite au profit d'un incapable. Mais il y a entre ces deux cas une différence. Ce n'est pas le *résultat* final de la substitution, la transmission des biens par l'institué à une personne déterminée, mais c'est la *charge de conserver et de rendre* qui est prohibée; tandis que la défense de gratifier un incapable a précisément pour but d'empêcher que l'incapable *n'acquière quelque chose.* (Voy. en ce sens Demolombe, XVIII, n° 172.)

B. *Des conditions impossibles ou illicites.*

1. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1709. Les dispositions de dernière volonté peuvent, de même que l'effet des conventions, être subordonnées à des conditions. La division des conditions en matière de contrats est applicable aux actes de dernière volonté (code civil, art. 1169-1171).

En droit romain, la *convention* contractée sous une condition impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, était *nulle,* et le code a reproduit cette règle (art. 1172).

Bien au contraire, dans les *dispositions de dernière volonté,* toute condition physiquement impossible, prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs, était, en droit romain, réputée *non écrite,* et la *disposition même* était valable et considérée comme *pure et simple.* Cette doctrine ne fut pas admise sans conteste; elle était controversée entre les Sabiniens et les Proculéiens; l'opinion des premiers prévalut. Mais Gajus, quoique sabinien, avoue qu'il serait difficile de donner une bonne raison de la différence établie par son école entre les conventions et les testaments. (Gajus, *Comment.*, III, 98. Fr. 3, D., *De conditionibus et demonstrationibus*, 35,1; § 10, J., *De hæredibus instituendis*, 2, 14.)

Et nous sommes de l'avis du jurisconsulte romain. Vainement chercherait-on une raison juridique ou philosophique de cette maxime. Les jurisconsultes l'ont expliquée par une espèce de calcul de probabilité. « La clause par laquelle le testateur dispose est, aux yeux de la loi, *sa principale volonté;* la loi ne présume point qu'il ait réellement voulu la faire dépendre d'une condition impossible, contraire aux bonnes mœurs ou défendue par la loi : la condition n'est alors considérée que comme une simple erreur, » dit Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs du titre *Des contrats ou des obligations*, n° 59 (Locré, t. XII, p. 338), et lors de la discussion du présent titre, les auteurs du code ne se sont plus occupés des motifs de cette règle. C'est donc comme une présomption *probable* de la volonté du testateur que la validité de ces dispositions a été admise. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain,* § 387, notes 16-18.) Mais, il faut bien le remarquer, ce n'était que dans les actes *de dernière volonté* que les conditions impossibles étaient réputées *non écrites;* les donations entre-vifs restaient soumises à la règle générale sur l'effet de ces conditions dans les conventions; la nullité de la condition entraînait la nullité de la donation. Tel était aussi l'ancien droit français écrit et coutumier jusqu'en 1791.

1710. Le premier changement fut introduit par la loi des 5-11 septembre 1791, pour les motifs politiques qui accompagnent le projet de loi proposé par Barère dans l'Assemblée constituante. « C'est le moyen, disait-il, d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse; c'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appellent roturières, ou avec des personnes qui exercent un autre culte religieux ou qui ont une autre opinion politique; c'est ainsi qu'ils écrivent la défense ou la condition de se marier à telle ou telle personne, à une femme de telle ou telle classe, de telle ou telle religion, etc. »

La loi votée par l'assemblée est ainsi conçue :

« Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté

religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déférées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

Cette loi, contrairement au droit romain et à l'ancienne jurisprudence, mettait sur la même ligne les *donations entre-vifs* et les actes de dernière volonté en ce qui concerne l'effet des *conditions immorales* ou contraires à la loi ; mais elle ne changeait rien aux anciens effets des conditions *physiquement impossibles* ajoutées aux donations entre-vifs.

L'article 1er de la loi du 5 brumaire an II étendit rétroactivement l'application de la loi du 5 septembre 1791 même aux actes antérieurs à cette date ; l'article 12 de la loi du 17 nivôse an II reproduisit cette disposition. La loi du 9 fructidor an III rapporta la rétroactivité.

Les auteurs du code civil allèrent plus loin encore que la loi du 5 septembre 1791 ; ils appliquèrent le principe même aux *conditions physiquement impossibles ajoutées aux donations entre-vifs*. L'article 900 porte, sans distinction aucune : « Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » L'article s'applique aux *charges* (*modus*) imposées à une libéralité comme aux *conditions* proprement dites. (Fr. 92, § 1, D., *De leg.*, I, 30 ; fr. 6, pr., fr. 27, 37, D., *De condit. et dem.*, 35, 1.)

Cette disposition illogique, contraire à la raison et aux principes généraux de droit, et qui, de plus, présente de si grandes difficultés dans la pratique, a été et est encore l'objet de la critique d'un grand nombre de jurisconsultes. Elle est en contradiction avec la tendance du code, qui se manifeste d'une manière non équivoque, de ne pas favoriser les donations aux dépens des héritiers *ab intestat*. (Voy. un article dans la *Belgique judiciaire*, t. XXI, p. 193-206.)

A cause de son caractère exceptionnel et dérogatoire au droit commun, l'article 900 doit être interprété restrictivement.

2. RÈGLES GÉNÉRALES SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 900.

1711. L'idée dominante qui a guidé le législateur est celle-ci : le disposant est présumé n'avoir pas voulu subordonner l'existence de sa libéralité à la condition impossible ou illicite qu'il y a mise. C'est la *seule* explication qui admette encore une faible justification de l'article qui nous occupe.

De là il résulte que toute la disposition devrait être annulée :

1° Si la condition était de nature à faire supposer que le disposant n'était pas sain d'esprit. On pourrait alors compléter par d'autres moyens la preuve de l'insanité d'esprit. Dans ce cas, le disposant n'avait pas de volonté (arg. art. 502, 504, 901);

2° Si l'impossibilité physique, morale ou légale de la condition était ignorée du disposant et connue du gratifié, et que ce dernier eût employé des manœuvres frauduleuses pour induire le disposant en erreur sur le caractère de la condition, et que cette erreur eût été la cause déterminante de la libéralité. Dans ce cas, la volonté du disposant n'aurait pas été libre ; son consentement aurait été vicié par le dol et par une erreur substantielle (arg. art. 1110 et 1116);

3° Si la libéralité était, au fond, une disposition à titre onéreux ;

4° S'il était évident que le disposant avait voulu subordonner sa libéralité à l'exécution de la condition. Ces deux derniers points demandent un examen plus spécial.

1712. 3° L'article 900 est applicable seulement lorsque la *condition* est impossible ou illicite. Or, la *condition* est une *modalité* de l'acte, qu'il importe de ne pas confondre avec la *cause* ni avec les *éléments constitutifs* d'un acte, bien que dans nos lois ces derniers soient souvent aussi appelés conditions. L'acte de libéralité n'aurait pas un caractère *conditionnel*, et il serait en réalité une convention à titre onéreux *pure et simple*, s'il était fondé sur une cause illicite ou s'il avait pour objet une prestation illicite que le prétendu gratifié se serait engagé à faire comme l'*équivalent* de la libéralité. Par exemple : A fait une donation à B pour qu'il exerce un acte de vengeance sur un de ses ennemis. B accepte cette charge. C'est une convention qui a à la fois une cause

illicite et un objet illicite; ou bien A fait une donation à B, afin que ce dernier légitime un enfant naturel de A en épousant la mère de cet enfant. Ces cas seraient régis non par l'article 900, mais par les articles 1128 et 1131, et toute la convention serait nulle.

Il est évident que ce que nous venons de dire ne peut s'appliquer qu'aux donations entre-vifs; car une semblable contre-prestation imposée dans un testament serait ou une condition ou une charge (*modus*). La disposition étant au fond à titre onéreux serait nulle, quand même les parties l'auraient qualifiée de donation et revêtue des formalités prescrites pour les donations. C'est une question, quelquefois difficile, d'appréciation du juge, que celle de savoir si l'acte est une véritable donation conditionnelle ou une disposition à titre onéreux. (Zachariæ, § 692, notes 3 et 4; Demolombe, nos 212-215.)

1713. 4° L'article 900 ne serait pas applicable et la disposition entière devrait être annulée s'il était certain que le disposant avait réellement eu l'intention de subordonner la libéralité à l'exécution de la condition qu'il y avait mise. La preuve de cette intention peut résulter de sa propre déclaration ou du caractère même de sa disposition ou d'autres circonstances du fait; mais elle ne résulterait pas de cela seul que le disposant aurait cru que la condition était possible ou licite. (Fr. 19; fr. 101, pr. D., *De cond. et dem.*, 35, 1; fr. 14, D., *De legatis*, III, 32; fr. 4, § 1, D., *De statu liberis*, 40, 7; Maynz, *Cours de droit romain*, § 387, notes 20 et 85; Demolombe, nos 207-211 et les autorités qu'il cite; Jugement du tribunal civil de Bruxelles du 11 juillet 1868, B. J., 26, p. 937, confirmé en appel par arrêt de Bruxelles du 3 août 1869, B. J., 27, p. 1167; Paris, 27 nov. 1877, D., 1878, 2, 188 et la note.)

L'opinion contraire a été admise par arrêts de Liége du 24 décembre 1867, confirmé par la cour de cassation du 31 juillet 1869 (B. J., 26, p. 172, et 27, p. 1027), et de la cour de cassation du 26 février 1874 (B. J., 32, 465, P., 1874, 82), à tort selon nous. Car une loi qui, tout en proclamant la *liberté* du citoyen de disposer de ses biens à titre gratuit, ordonnerait en même temps d'une manière générale et impérative que ce que le *disposant n'a pas voulu* doit être considéré *comme étant sa volonté*,

serait une loi absurde, en contradiction avee elle-même et condamnée par la raison. Le jurisconsulte ne doit donc jamais interpréter une loi dans ce sens-là, tant qu'il est possible de lui en trouver un autre. Or, celui qui subordonne une libéralité à l'exécution d'une condition impossible ou illicite dit, en réalié, qu'*il ne la veut pas* ; et si néanmoins la loi déclare cette libéralité valable en réputant la condition *non écrite*, c'est parce que, en présence de l'incertitude sur la volonté du disposant résultant du conflit entre sa disposition et la condition, elle lui *prête, par une présomption légale*, mais *juris tantum*, l'intention de maintenir la disposition sans condition. C'est là la *seule* raison juridique sur laquelle on puisse fonder la validité de la libéralité. Mais si cette présomption est manifestement renversée par la preuve contraire, où est la base juridique de la disposition? Ce ne peut plus être la volonté du défunt. Et la présomption est toujours détruite si le disposant lui-même a déclaré ne pas vouloir maintenir sa disposition dans le cas où elle ne pourrait pas exister telle qu'il l'a faite. Loin de contrevenir à la loi, il a au contraire prouvé sa volonté de s'y conformer.

1714. Pour décider si une condition doit être réputée non écrite, comme impossible ou illicite, il faut s'attacher à l'état des choses existant et à la législation en vigueur au moment où la disposition commence à avoir son effet; donc, dans les donations, au moment du contrat, et dans les dispositions de dernière volonté, au moment du décès du testateur. (Chabot de l'Allier, *Questions transitoires*, v° *Conditions concernant le mariage*, § I, IV°.)

3. QUELLES CONDITIONS SONT IMPOSSIBLES OU ILLICITES.

1715. L'article 900 déclare réputées non écrites trois espèces de conditions : 1° les conditions *impossibles* ; 2° celles qui sont *contraires aux lois*; 3° celles qui sont contraires aux *mœurs*; ces deux dernières sont ordinairement comprises sous la dénomination d'*illicites*.

1716. 1° Les conditions *impossibles* sont celles qui, d'après les lois de la nature ou d'après le cours ordinaire des choses humaines, ne peuvent pas s'accomplir, par exemple, faire un voyage

dans la lune, vivre jusqu'à deux cents ans, etc. (*physiquement impossibles*). Mais il faut que l'accomplissement de la condition soit impossible d'une manière absolue pour tout le monde, et non-seulement d'une manière relative pour le donataire ou le légataire. A l'impossibilité physique absolue est assimilée celle qui, dans l'espèce particulière où elle est prescrite, présente des difficultés qui paraissent insurmontables : par exemple, la condition d'ériger un monument en trois jours, ou la condition imposée à un homme sans fortune de payer vingt millions de francs en quelques jours. (Fr. 6, D., *De condit. instit.*, 28, 7 ; fr. 4, § 1, D , *De statu liberis*, 40, 7; Maynz, 4e éd., § 387, note 23.)

1717. 2° et 3°. Il est bien plus difficile de définir les conditions *illicites* ou moralement impossibles et d'établir un principe général qui puisse être un guide sûr dans l'application de l'article 900.

Rigoureusement définies, les conditions contraires *à la loi* sont seulement celles qui subordonnent la libéralité à ce que le gratifié fasse un acte défendu *par la loi* ou à ce qu'il ne fasse pas un acte commandé par la loi. Inutile de dire que toutes les conditions appartenant à cette catégorie sont *potestatives* ou *mixtes* (art. 1170-1171). Donc, sont incontestablement *contraires à la loi* toutes les conditions qui subordonnent la libéralité à la violation d'une disposition du code pénal ou d'une autre loi prohibitive, ou à la violation d'une loi d'ordre public; celles qui font dépendre la libéralité du non-exercice d'un droit qui doit être considéré comme un devoir dont il est inséparable, par exemple, d'un droit politique ou civique, de la puissance paternelle ou maritale, de la tutelle, du droit d'émanciper, etc.

Il résulte de cette définition qu'une condition *négative* d'un fait illicite, c'est-à dire qui subordonnerait la libéralité à ce que le gratifié *ne ferait pas* un acte contraire à la loi, ou qui le priverait de la libéralité, s'il commettait un acte contraire à la loi (*legatum pœnæ nomine relictum*) est valable, parce que loin de tendre à un résultat contraire à la loi, elle a plutôt pour but de maintenir la loi.

La condition est contraire aux *mœurs* non-seulement lorsqu'elle blesse la *morale* proprement dite, mais aussi lorsqu'elle est contraire aux convenances sociales, que quelques auteurs appellent

les mœurs *civiles*. Donc la condition qui ferait dépendre la libéralité de ce que quelqu'un commettrait un acte réprouvé par les mœurs serait réputée non écrite. Ce qui vient d'être dit de la condition négative d'un fait illicite s'applique aussi aux faits immoraux.

1718. L'application de l'article 900 n'offrirait pas tant de difficulté si elle eût été restreinte aux deux seules hypothèses que comporte son texte et qui viennent d'être énoncées; mais la doctrine et la jurisprudence l'ont tellement étendue, qu'il est impossible d'en tracer les limites et de préciser un principe comme point de départ; elles vont jusqu'à admettre que toute condition qui tendrait à gêner la liberté *légale* de l'homme, par exemple, la liberté de se marier, de se remarier, d'embrasser une profession, de choisir un domicile, doit être considérée comme illicite ou immorale. Et comme de l'un côté tout ce qui n'est pas défendu est légalement permis, et que de l'autre, toute condition potestative ou mixte renferme implicitement une restriction de la liberté, il est très-facile d'arriver, en s'appuyant sur des maximes admises par la jurisprudence et la doctrine, à la conclusion que *toute* condition, comme entravant la liberté humaine, doit être réputée non écrite; en d'autres termes, qu'il faut substituer à la volonté du défunt ce que le défunt n'a pas voulu. L'article 900 est contraire à la raison, aux vrais principes juridiques et, de plus, très-vague; de là toutes les difficultés et les nombreuses décisions contradictoires. La même condition peut, suivant la diversité des circonstances de la cause et de l'intention du testateur, être considérée tantôt comme valable, tantôt comme illicite, et nous disons avec M. Demolombe que : « cet ordre de questions est soumis à l'influence toute-puissante de l'état politique et social du pays, de ses mœurs et de ses croyances, de ses idées, de tout ce courant enfin qui n'entraîne pas toujours la société dans la même direction, ni avec une force uniformément égale »; et que « les faits particuliers de chaque espèce, la position des parties, leurs qualités respectives, la nature de la condition, l'intention surtout qui l'a inspirée et le but spécial qu'elle se propose, le milieu enfin dans lequel ces sortes de questions s'élèvent avec des caractères si différents et un si grand nombre de nuances diverses, tout cela reflète sur la condition elle-même

des aspects divers; à ce point qu'il n'est pas impossible que telle condition, qui, en soi et absolument, serait regardée comme illicite, paraisse licite dans le cadre où elle a été placée; tandis qu'en sens contraire, telle condition qui, absolument et en soi, serait regardée comme licite, pourrait paraître illicite à raison des circonstances qui l'accompagnent. » (N° 233 *bis*.) Dans le même sens s'exprime Marcadé, sur l'article 900, n° III.

Nous ne ferons pas l'analyse des nombreuses décisions des tribunaux rendues sur les conditions illicites, décisions qui sont rapportées notamment par Demolombe, n°s 234-320. (Dalloz, *Rép. gén.*, v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n°s 88-189; Troplong, n°s 187-426; Laurent, t. XI, n°s 439-505.) Nous nous bornons à faire remarquer encore : 1° que les lois des 5 septembre 1791, 5 brumaire et 17 nivôse an II, ayant été abrogées par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, ne peuvent plus servir de guide aujourd'hui; 2° que le juge doit, dans toutes les espèces, s'attacher particulièrement à examiner la question de savoir si le disposant n'a pas été déterminé par la condition même à faire sa disposition, et s'il n'a pas eu l'intention de supprimer sa disposition plutôt que de la faire sans la condition. (Voy. *suprà*, n° 1713.)

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT. (Art. 901-912.)

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1719. La capacité de disposer et de recevoir soit par donation entre-vifs, soit par testament, est la règle; l'incapacité est l'exception. L'incapacité doit être prouvée; elle ne peut résulter que d'une disposition formelle de la loi, et elle est, par cela même, de stricte interprétation. « *Toutes* personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, *excepté celles que la loi en déclare incapables* », dit l'article 902. Ainsi, par exemple, la qualité de notaire et de conseil du testa-

teur n'entraîne pas l'incapacité d'être institué légataire. (Paris, 3 mai 1872, D., 1872, 2, 199.)

1720. La capacité de disposer s'appelle capacité *active*, celle de recevoir, capacité *passive*.

L'incapacité de disposer ou de recevoir peut être *absolue* ou *relative*. Elle est absolue lorsqu'elle existe à l'égard de toute personne, quelle qu'elle soit, c'est-à-dire lorsque le disposant ne peut faire *aucune* disposition en faveur de n'importe qui, ou lorsque le gratifié ne peut rien recevoir de qui que ce soit. L'incapacité est relative lorsqu'elle n'a lieu qu'entre certaines personnes qui ne peuvent se gratifier réciproquement, ou dont l'une ne peut pas gratifier l'autre.

L'incapacité *relative* est toujours corrélative, en ce sens qu'elle constitue pour l'une des personnes l'impossibilité juridique de donner à l'autre, et pour celle-ci impossibilité de recevoir de la première. Ainsi, par exemple, le mineur est incapable de disposer en faveur de son tuteur, et par cela même le tuteur est incapable de recevoir du mineur (art. 907).

Mais les incapacités *relatives* ne sont pas toujours *réciproques*. Ainsi, dans l'exemple cité, le mineur ne peut pas donner à son tuteur, mais le tuteur peut disposer en faveur de son pupille.

On distingue encore l'incapacité *physique*, *naturelle* ou *de fait*, par exemple, pour défaut absolu de volonté; et l'incapacité *juridique* ou de *droit*. Toutefois cette distinction ne s'applique qu'à l'incapacité de *donner;* il peut y avoir une incapacité physique d'*accepter* une libéralité, et non de la *recevoir*.

1721. Il importe de signaler dès à présent une distinction dont nous ferons usage plus tard, c'est celle entre l'*incapacité* et l'*indisponibilité*. L'incapacité de faire une libéralité est fondée sur l'absence des *qualités personnelles* que la loi exige dans la personne du disposant; elle doit donc être jugée d'après la position de cette personne *au moment de la disposition*. L'indisponibilité des biens a pour motif l'intérêt des héritiers *ab intestat*, auxquels la loi veut réserver une partie des biens du défunt, qu'aucune disposition ne peut leur enlever; elle se juge d'après l'époque du décès du disposant.

I. DE L'INCAPACITÉ DE DISPOSER.

A. *De l'incapacité naturelle ou de fait.*

1722. « Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être *sain d'esprit* » (art. 901) : c'est-à-dire, il faut être capable d'une volonté raisonnable et de la manifester.

Quel est le sens de la disposition de l'article 901? Suivant quelques jurisconsultes, ce n'est que l'application aux actes de libéralité, et notamment aux testaments, du droit commun, qui exige le consentement pour l'existence d'une convention (art. 1108). De plus, l'article 901 ne déroge pas à l'article 504; la disposition à titre gratuit ne peut être attaquée après la mort du disposant pour cause de démence que si la preuve de la démence résulte de l'acte même; ou si son interdiction a été prononcée ou provoquée avant son décès. Mais l'héritier est *toujours* admis à prouver que le disposant était privé de sa raison au *moment même* où la disposition a été faite. (Voy. *suprà*, n° 802.) L'article entendu en ce sens serait superflu tout au moins en ce qui concerne les donations entre-vifs.

Mais les discussions prouvent à l'évidence qne l'article 901 a une autre portée. Dans le projet primitif et dans celui soumis au conseil d'État, l'article avait un second alinéa portant que « ces actes ne pourraient être attaqués pour cause de démence que dans les cas et de la manière prescrite par l'article 504. » Cet alinéa fut retranché sur la proposition du consul Cambacérès, précisément pour admettre, contrairement à l'article 504, après la mort du disposant, la preuve de son insanité d'esprit, même dans les cas où elle ne résulterait pas de l'acte même et où son interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée de son vivant. Le législateur a voulu simplement poser ce principe afin de laisser aux juges la plus grande liberté dans son application. (Voy. séance du conseil d'État du 14 pluviôse an XI (3 février 1803), n°s 21-22; Exposé des motifs n° 5; rapport au Tribunat par Jaubert, n° 9, Locré, XI, p. 130-134, 361, 438-440, et *suprà*, n° 805; Cass. fr., 11 avril 1876, D. P., 1877, 1, 486).

Il résulte de ce qui précède que la disposition peut être attaquée :

1° En vertu du droit *commun*, pour *absence de volonté*, si, *au moment même* où elle a été faite, le disposant était privé de raison, par exemple, par l'ivresse, par un délire passager, ou s'il était dans un état tel, qu'il ne laissait *aucune place à des intervalles lucides*. (Paris, 9 mars 1877, D., 1878, 2, 34.)

2° En vertu de l'article 901, s'il était établi qu'il était dans un *état habituel* de démence, de fureur ou d'imbécillité (insanité d'esprit), alors même qu'il ne serait pas prouvé qu'*au moment même* de la disposition la raison était absente. (Voy., en ce sens, Bruxelles, 4 novembre 1858; 29 mai 1860; 9 janvier 1867, P., 1863, p. 374; 1861, p. 380; 1867, p. 301; Liége, 29 décembre 1860, P., 1865, 54. *Contrà*, Laurent, t. XI, n° 116.)

1723. L'ancien droit permettait d'attaquer, par l'action appelée *ab irato*, les dispositions faites pendant une forte colère ou inspirées par une haine violente et injuste contre les héritiers. Le projet primitif contenait une disposition portant que « la loi n'admet point la preuve que la disposition n'a été faite que par *haine*, *colère*, *suggestion* ou *captation*. »

Le code garde sur ces causes de nullité le silence qu'explique l'Exposé des motifs, n° 10, en ces termes : « Ceux qui ont entrepris de faire annuler des dispositions par de semblables motifs n'ont presque jamais réussi à trouver des preuves suffisantes pour faire rejeter des titres positifs; et peut-être vaudrait-il mieux, pour l'intérêt général, que cette source de procès ruineux et scandaleux fût tarie, en déclarant que ces causes de nullité ne seraient pas admises; mais alors la fraude et les passions auraient cru avoir dans la loi même un titre d'impunité. Les circonstances *peuvent* être telles, que la volonté de celui qui a disposé n'ait pas été libre, ou qu'il ait été entièrement dominé par une passion injuste. C'est la *sagesse des tribunaux* qui pourra seule apprécier ces faits, et tenir la balance entre la foi due aux actes et l'intérêt des familles. Ils empêcheront qu'elles ne soient dépouillées par les gens avides qui subjuguent les mourants ou par l'effet d'une haine que la raison et la nature condamnent. » (Locré, p. 365; Bruxelles, 13 juillet 1875, P., 1878, 61; Cass. fr., 19 juin 1877, D., 1878, 1, 160.)

La *colère* ne pourrait être une cause de nullité de la disposition que lorsqu'elle aurait été portée à un tel paroxysme qu'elle au-

rait momentanément altéré l'intelligence du disposant. (Paris, 27 novembre 1877, D., 1878, 2, 188; Demolombe, n[os] 346-347.)

La *captation*, c'est-à-dire l'ensemble des procédés propres à gagner la bienveillance et les faveurs d'une personne, ne suffit pas pour faire annuler une disposition; mais si elle avait été accompagnée de manœuvres frauduleuses, elle pourrait donner lieu à une nullité fondée sur le dol ou sur l'erreur. (Bruxelles, 4 novembre 1869, P., 1871, 23; 6 janvier 1875, B. J., t. 33, 321; Cass. fr., 16 mars 1875, D., 1876, 1, 491; Chambéry, 9 août 1876, sous Cass. fr., 6 août 1877, D., 1878, 1, 163; Cass. fr., 2 janvier 1878, D., 1878, 1, 136).

1724. La loi n'établit pas de règles sur la *preuve* de l'insanité d'esprit; aucun moyen n'est exclu. Elle peut donc se faire par tous les moyens de droit, même par témoins sans un commencement de preuve par écrit, alors même que le notaire aurait déclaré dans l'acte que le disposant était sain d'esprit. Pour renverser cette énonciation, il ne faudrait pas une inscription de faux contre l'acte notarié. Mais si, dans le but d'établir l'insanité d'esprit, le demandeur commençait par dénier certains faits matériels constatés par le notaire, par exemple, la dictée du testament par le testateur, il devrait s'inscrire en faux. C'est une jurisprudence constante que les juges du fond apprécient souverainement si une personne était ou n'était pas saine d'esprit au moment où elle a fait une disposition à titre gratuit.

En **France** et en **Belgique**, d'après les lois du 30 juin 1838 et celle du 18 juin 1850 sur les aliénés, la preuve ou l'existence notoire de l'insanité d'esprit résulte du séjour dans un établissement d'aliénés. (Voy. *suprà*, n[os] 839-841.)

1725. Les aveugles, les sourds, les muets et les sourds-muets de naissance peuvent disposer par donation entre-vifs et par testament, pourvu qu'ils sachent manifester leur volonté d'une manière claire et précise dans la forme prescrite ou admise par la loi. (Zachariæ, § 648, note 11; Colmar, 14 juin 1870, D., 1874, 5, 168). La question est controversée.

B. *De l'incapacité juridique.*

1726. Les personnes déclarées incapables par la loi sont :

1° Les *interdits*. Les actes faits par eux postérieurement à

l'interdiction sont nuls de droit (art. 502 et *suprà*, nos 798, 799).

Malgré le texte évident de la loi, cette thèse est controversée. Deux autres systèmes divisent les auteurs. Suivant l'un, l'interdit est capable, pendant les intervalles lucides, de disposer seulement par *testament;* selon l'autre, il est alors capable de disposer non-seulement par testament, mais aussi par donation entre-vifs. Dans les deux cas, celui qui prétend que la disposition est valable doit prouver qu'elle a été faite dans un intervalle lucide. (Voy. Demolombe, nos 371, 372 et les auteurs qu'il cite.)

Ces deux systèmes se fondent sur ce que la capacité de faire un acte de libéralité est spécialement régie par l'article 901, et non par les règles sur l'interdiction qu'il restreint. Mais cette opinion est condamnée par les discussions que nous avons mentionnées au n° 1722, d'où il résulte que l'article 901 a pour but d'établir une garantie de plus de la validité des dispositions à titre gratuit, en permettant de les attaquer après la mort du disposant, alors même que l'interdiction n'aurait pas été provoquée de son vivant. Ces systèmes sont en contradiction formelle avec l'article 901, qui ne se contente pas d'exiger que le disposant ait eu, au moment de la disposition, *la conscience, l'intelligence de ce qu'il faisait,* comme l'interdit a pu l'avoir dans un intervalle lucide, mais qui exige formellement la *santé d'esprit*. Or, peut-on dire que celui qui est dans un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur soit *sain d'esprit,* quand même cet état présenterait quelques intervalles lucides?

De plus la raison résiste à admettre qu'un interdit puisse se dépouiller, pendant un intervalle lucide, à titre gratuit, par une donation, alors qu'il ne pourrait pas valablement faire un acte à titre onéreux. Il pourrait donner, mais il ne pourrait pas vendre!

Enfin cette opinion ferait revivre, en matière de donations et de testaments, l'ancien système qui admettait la validité des actes faits pendant un intervalle lucide et que les auteurs du code ont suppprimé précisément à raison des incertitudes qu'il faisait naître et de la difficulté de reconnaître l'intervalle lucide. Et c'est surtout dans ces matières que « la volonté de celui qui dispose doit être *certaine,* et que cette volonté ne peut même pas exister s'il n'est pas sain d'esprit », comme dit Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs, n° 5. (Rapport au Tribunat, n° 11, Locré,

p. 359.) On ne peut donc admettre ni l'une ni l'autre de ces opinions.

1727. 2° Les *mineurs*. En droit romain, la capacité du mineur de donner entre-vifs était régie par les principes généraux. Pour tester il fallait être *sui juris*, car le fils de famille n'avait rien. Mais celui qui n'était plus sous puissance pouvait tester à l'âge de la puberté, donc, l'homme à quatorze, la femme à douze ans.

Cette dernière disposition était suivie dans plusieurs pays de droit écrit. Les coutumes avaient diversement fixé l'âge requis pour faire un testament; quelques-unes l'avaient fixé à dix-huit, d'autres à vingt ans; d'autres avaient établi des distinctions suivant les différentes espèces de biens qui faisaient l'objet du testament, eu égard à leur origine et à leur nature.

Le projet primitif du code portait que le mineur *émancipé* ne pourrait disposer que par *testament* et jusqu'à concurrence seulement de la moitié de la portion dont la loi permet au majeur de disposer. Cambacérès et Tronchet combattirent ce système, parce qu'il donnerait à la famille intérêt à ne pas émanciper le mineur, et ils proposèrent de faire dépendre la faculté de tester de l'*âge* et non de l'émancipation. Ce système fut adopté par le code, mais avec la restriction proposée dans le projet en ce qui concerne la quotité. Si en droit romain le mineur pouvait tester à l'âge de la puberté, les conséquences de cette règle se trouvaient en grande partie paralysées, parce que, le plus souvent, le mineur était encore fils de famille et ne possédait rien ou tout au plus un pécule; en réalité sa faculté de disposer était donc très-restreinte. Aujourd'hui cette restriction n'existe plus, et la loi l'a remplacée en limitant la quotité dont le mineur peut tester. (Voy. séance du conseil d'État du 3 février 1803, n° 24, Locré, p. 134-135.)

1728. En ce qui concerne la capacité du mineur, d'après le code, il faut distinguer :

A. Il ne peut pas faire une *donation entre-vifs*, excepté par contrat de mariage, conformément aux règles exposées *suprà*, n° 725. Il peut donner par contrat de mariage, à l'âge auquel il lui est permis de se marier.

La loi n'a pas voulu que le mineur, entraîné par la passion ou la légèreté, pût se dépouiller irrévocablement de son vivant.

B. Le mineur âgé de moins de seize ans ne peut aucunement

disposer par *testament;* mais le mineur parvenu à l'âge de seize ans — et il faut ajouter *accomplis* — peut disposer par testament et jusqu'à concurrence seulement de la *moitié* des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 903, 904).

Les mêmes règles s'appliquent aux libéralités que les époux peuvent se faire pendant le mariage (arg. art. 1095, 1096). (Bordeaux, 18 déc. 1866, D. 1867, 2, 125.)

1729. 3° La *femme mariée.* Elle ne peut *donner entre-vifs* sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice. La même règle s'applique à la femme séparée de corps ou de biens.

Mais elle n'a besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de la justice pour disposer par testament (art. 217, 226, 905; et *suprà,* n°s 484, 485, 3°).

1730. 4° Les *personnes placées sous conseil judiciaire* ne peuvent disposer par *donation entre-vifs* qu'avec l'assistance de leur conseil; mais elles peuvent *tester* sans cette assistance (art. 513 et *suprà,* n° 816).

1731. 5° Les *individus se trouvant en état d'interdiction légale* par suite de condamnation à une peine criminelle ne peuvent, pendant la durée de l'interdiction, disposer par *donation entre-vifs;* mais peuvent-ils *tester?* Ce dernier point, encore controversé en **France** sous le code pénal de 1810, a été décidé en sens affirmatif par l'article 22 du nouveau code pénal **belge** de 1867 (code pénal, art. 29, 30, 31; nouveau code pénal **belge**, art. 21-24, *suprà,* n° 809).

II. DE LA CAPACITÉ DE RECEVOIR.

A. *De l'existence du gratifié.*

1732. Le néant ne peut pas acquérir des droits. Pour être capable de recevoir entre-vifs, il faut donc *exister* ou au moins *être conçu* au moment de la donation (*Nasciturus pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur*). Pour être capable de recevoir par testament, il faut être conçu (« il suffit d'être conçu » dit la loi), à l'époque du décès du testateur. Il faut toutefois dans les deux cas, pour que la disposition ait de l'effet, que l'on vienne à naître *vivant et viable* (art. 906 et *suprà,* n°s 1276-1280).

1733. Il y a controverse : 1° sur la question de savoir à quel moment il faut être conçu lorsque le legs est *conditionnel*. Suivant quelques auteurs qui s'appuient sur le droit romain, il suffit alors d'être conçu au moment de l'accomplissement de la condition; suivant d'autres, il faut toujours être conçu au moment du décès du testateur. Nous partageons cette dernière opinion. L'article 906 est général; il ne distingue pas entre les legs purs et simples et les legs conditionnels. Ensuite cette opinion est conforme aux principes. L'article 906 énonce moins une règle juridique qu'une loi de la nature. Car, tout droit suppose un sujet à qui il appartient; aucun droit, même éventuel ou conditionnel, ne peut être établi au profit de celui qui n'existe point. Il faut bien distinguer deux ordres d'idées, c'est l'*existence* et la *capacité* de l'institué; quelques auteurs les confondent en appliquant à l'*existence* même les règles sur la capacité. Nous parlerons, plus loin, de l'*époque* à laquelle l'institué doit être *capable* de recueillir. On peut soutenir que pour recueillir un legs *conditionnel* il suffit d'être *capable* à l'époque de l'accomplissement de la condition; mais de là il ne résulte pas qu'il ne faut pas exister au moment du décès du testateur. (Voy., en ce sens, Demolombe, n° 718, et les autorités qu'il cite; Marcadé, art. 906, I; Mourlon, *Rép.*, t. II, p. 246.)

1734. 2° Quand faut-il être conçu pour recueillir une *donation entre-vifs?* En d'autres termes, quel est le sens de l'art. 906 : *Au moment de la donation?*

Si la donation et l'acceptation ont lieu dans le *même* acte, le donataire doit être conçu au moment de la passation de l'acte. Cela est évident. Cette question ne peut se présenter que dans l'hypothèse de l'article 935, alinéa 3, qui permet aux ascendants d'accepter une donation faite à leur descendant mineur. Dans tous les autres cas, l'existence de celui *qui accepte* est certaine. Il y a doute dans le cas où l'acceptation se fait par un acte *postérieur* à celui portant donation. D'après quelques jurisconsultes, il faut que le donataire ait existé déjà au moment de la passation du *premier* acte; selon d'autres, il *suffit* qu'il ait été conçu au moment de l'*acceptation*.

Nous tenons pour la première opinion. On ne peut tirer pour l'opinion contraire aucun argument du deuxième alinéa de l'arti-

cle 906; car le testament est un acte qui ne produit de l'effet qu'après le décès du disposant. (Voy. *suprà*, n° 596.)

La raison de décider est la même que dans le cas précédent. Tout droit suppose un sujet qui en est investi. La donation n'existe réellement qu'au moment de l'acceptation (art. 932); jusque-là le donateur peut la rétracter; mais tant qu'il ne la rétracte pas, il a créé au profit du donataire le *droit* de le lier à tout instant par l'acceptation. Mais il faut que ce *droit de le lier* ait un sujet; or, ce sujet manque si le donataire n'est pas encore conçu au moment où le premier acte qui peut lier le donateur est fait. (Laurent, t. XI, n° 376.)

1735. La règle d'après laquelle il faut être conçu au moment de la disposition ou du décès du testateur souffre deux exceptions : 1° pour les donations qui se font par contrat de mariage (art. 1082 et suiv.); 2° dans le cas des substitutions permises (art. 1048, 1049).

1736. De la règle qu'il faut *exister* pour recueillir une libéralité il suit que les sociétés, corporations ou communautés qui n'ont pas été régulièrement constituées ou autorisées pour former une personne civile ou morale, ne peuvent recevoir par donation entre-vifs ou par testament. (Voy. *suprà*, n° 81.) En pareil cas, les membres composant cette société ou communauté n'auraient pas le droit de réclamer la libéralité personnellement pour eux (*ut singuli*), parce qu'*individuellement* ils n'ont pas été institués, et l'être qui a été institué n'a pas d'existence légale.

1737. Mais une disposition faite au profit d'une communauté ou d'un établissement n'ayant encore aucune existence civile, pourrait-elle devenir valable par l'effet d'une autorisation postérieure à la donation ou au décès du testateur, alors surtout que ce dernier aurait en quelque sorte créé lui-même l'établissement en vue d'une autorisation future? Cette question est très-controversée. Pour la négative on dit qu'au moment du décès du testateur la communauté n'a aucune personnalité juridique ; elle est incapable comme l'enfant non encore conçu, comme le néant. Dès lors les héritiers ont un droit acquis d'invoquer la nullité de la disposition et l'incapacité absolue de l'institué, et l'autorisation postérieure par laquelle l'établissement serait reconnu ne pourrait pas avoir un effet rétroactif et porter atteinte aux droits des

tiers. (Demolombe, nos 588, 589; cass. franç., des 12 avril 1864 et 14 août 1866; Dalloz, 1864, 1, 218; 1867, 1, 110 et les notes.)

Pour l'opinion contraire on invoque le fr. 62, pr., D., *De hæred. instituendis*, 28, 5, et l'ancienne jurisprudence française, attestée par Furgole et Ricard; et l'on soutient encore aujourd'hui que l'on peut donner à une communauté non autorisée sous la condition expresse qu'elle obtiendra l'autorisation, et qu'il en est de même si le legs, au lieu de renfermer cette condition expresse, la contient implicitement. (Troplong, nos 612, 613.)

On peut distinguer trois hypothèses :

1° Une disposition a été faite au profit d'une personne morale *déjà existante*, par exemple, d'une commune, *pour la création* d'un autre établissement d'utilité publique formant aussi une personne morale, comme d'un hospice ou d'une paroisse. Cette disposition est incontestablement valable. L'institué existe, et la libéralité lui a été faite avec une charge. (Demolombe, n° 590. Brux., 16 janvier 1866, B. J., t. 24, 342; Brux., 24 mai 1865, B. J., t. 23, 966.) Ce dernier arrêt décide aussi que, dans ce cas, la commission administrative des hospices est seule habile à demander la délivrance du legs.

2° La disposition renferme en même temps la *création* d'une personne morale future, à laquelle la libéralité est destinée; par exemple, le testateur crée et dote un hospice, ou une fabrique d'église, ou une fondation de bourses, sans attribuer actuellement la libéralité à une autre personne déterminée, naturellement sous la condition (expresse ou toujours sous-entendue) que cette personne morale sera autorisée par le gouvernement. Cette disposition est valable d'après un arrêt de Cologne du 25 novembre 1863. (*Archiv. Rhén.*, t. 58, I, 91.)

3° La disposition a été faite en faveur d'une communauté qui a une existence de fait, mais sans personnalité civile, et la personnalité, ainsi que l'autorisation d'accepter la libéralité, a été accordée plus tard par l'autorité compétente.

Nous croyons que les dispositions sont également valables dans les deux derniers cas pour les motifs ci-dessus déduits. C'était admis en droit romain (voy. Maynz, t. III, § 383, notes 30-32), et conforme aux traditions de l'ancienne jurisprudence. On

ne peut tirer argument de l'article 906 pour soutenir le contraire; car il résulte des termes mêmes que cet article ne peut s'appliquer qu'aux personnes *physiques*, et non aux personnes *morales*, qui sont soumises à de tout autres lois de création et de constitution. Quand une personne morale est-elle censée être *conçue?* Pour résoudre cette question, on ne peut certes pas recourir aux règles du code civil sur la conception des personnes physiques. Et si l'on veut absolument appliquer, par analogie, l'article 906 aux personnes morales, ne peut-on pas dire avec raison qu'une communauté existant de fait, ou un établissement créé, constitué ou organisé dans la disposition même qui contient la libéralité, est une personne morale parfaitement *conçue*, à qui il ne manque, pour exister, que l'autorisation du gouvernement, qui est en quelque sorte son *acte de naissance*.

B. *Des incapacités relatives.*

1738. Les personnes relativement incapables de recevoir par donation entre-vifs ou par testament sont celles qui suivent :

1° Les *tuteurs*. « Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans », dit l'article 907; « ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur.

« Le mineur, *devenu majeur*, ne pourra disposer soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de tutelle n'a été préalablement rendu et apuré.

« Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs. »

Le législateur a craint que le tuteur n'abusât de l'empire qu'il a sur l'esprit du mineur afin d'obtenir une libéralité, et il n'a pas voulu que le tuteur pût concevoir l'espérance qu'au moyen des dispositions qu'il obtiendrait du mineur parvenu à la majorité, il pourrait se dispenser du compte définitif de tutelle. « L'expérience a prouvé qu'il était nécessaire d'interdire au mineur devenu majeur la faculté de renoncer à ce compte. Cette règle serait facilement éludée si des donations entre-vifs ou testamentaires acquittaient le tuteur et rendaient ses comptes inutiles. On a excepté les ascendants, quoique tuteurs, parce que la piété filiale

doit se présumer plutôt que la violence de l'autorité », dit l'Exposé des motifs, n° 7 (Locré, p. 363).

1739. La disposition qui précède étant exceptionnelle au droit commun ne doit pas être étendue au delà de ses termes. Ainsi, pour que le tuteur puisse recevoir, il n'est pas nécessaire que le reliquat dû par lui ait été *payé* ni que les formalités prescrites par l'article 472 pour la validité d'un traité entre le tuteur et le mineur, c'est-à-dire la remise des pièces justificatives contre récépissé, aient été accomplies; et par la raison de la loi, il faut dire aussi que l'incapacité vient à cesser après la prescription de l'action en reddition de compte, donc après dix ans à partir de la majorité (art. 475).

L'incapacité ne s'étend pas aux enfants des tuteurs *décédés* ni à leurs autres héritiers.

Elle ne s'applique pas non plus aux tuteurs des personnes frappées d'interdiction légale, ni aux subrogés tuteurs, ni aux curateurs des mineurs émancipés, ni aux conseils judiciaires.

1740. 2° « Les *docteurs en médecine* ou en *chirurgie*, les *officiers de santé* et les *pharmaciens* qui auront *traité* une personne pendant la maladie *dont* elle *meurt* ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur *pendant le cours de cette maladie* » (art. 909, alin. 1er). Le motif est le même que dans le cas précédent. (Paris, 8 mars 1867, D., 1867, 2, 145; Cass. fr., 7 avril 1868, D., 1868, 1, 378.)

La règle s'applique aussi aux personnes qui soignent les malades quoique exerçant *illégalement* l'art de guérir; car autrement ils pourraient se faire un titre de leur contravention à la loi; mais elle est inapplicable aux pharmaciens qui ont simplement fourni des médicaments, comme aux médecins consultants et aux gardes-malades. (Angers, 19 mars 1875, D., 1875, 2, 79.)

Si le disposant meurt de la maladie pendant laquelle il a fait sa disposition, elle est nulle; s'il recouvre la santé, la disposition est valable. Cette règle n'a aucun inconvénient quant au *testament*, parce que le testateur, revenu à la santé, peut le révoquer. Mais comment le législateur a-t-il pu maintenir une *donation entre-vifs* qu'il suppose avoir été faite sous l'empire d'une pression ou captation illégale? On ne peut s'expliquer cette erreur que par l'ancien droit dont le législateur a changé le principe, sans

en changer les conséquences. Anciennement les donations faites dans les circonstances prévues par l'article 909 étaient considérées comme des *donations à cause de mort,* qui étaient toujours révocables. (Voy. *suprà,* n° 1685, 1686.) Le code a aboli les donations à cause de mort et, par suite de cette abolition, les donations faites par un malade sont devenues de véritables *donations entre-vifs* et, comme telles, *irrévocables.* (Mourlon, t. II, p. 240.) Toutefois, elles pourraient, le cas échéant, être annulées pour cause de captation ou d'insanité d'esprit, surtout si la nullité était demandée par le donateur lui-même.

1741. La règle qui précède souffre *deux* exceptions :

1° « Les dispositions rémunératoires faites *à titre particulier,* eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. » Il n'est pas nécessaire que l'acte qualifie la disposition de rémunératoire.

2° « Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe : à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers » (art. 909, alin. 2 et 3). Voici la portée de cette règle :

Si le disposant laisse des *héritiers en ligne directe,* la disposition à titre universel est toujours valable lorsque le médecin en faveur de qui elle a été faite appartient à la classe de ces héritiers. Par exemple, le malade a plusieurs fils, dont l'un l'a traité pendant sa maladie ; la disposition en sa faveur est valable. Mais si le malade avait été traité par son père médecin et qu'il eût laissé pour héritiers ses propres enfants, la disposition en faveur du père ne serait pas valable, parce que ce dernier ne se trouve pas au nombre de ses *héritiers directs.*

Si le malade n'a pas laissé d'*héritiers en ligne directe,* descendante ou ascendante, la disposition est valable pourvu qu'elle ait été faite en faveur d'un médecin parent jusqu'au quatrième degré inclusivement ; mais elle serait nulle si elle avait été faite au profit d'un étranger ou d'un parent d'un degré plus éloigné.

Cette disposition peut produire des résultats bizarres et peu satisfaisants pour la raison. Ainsi, par exemple, quelqu'un a été traité par son cousin, médecin. En mourant il laisse pour héri-

tiers ses frères et sœurs, et il a encore son aïeul. La disposition faite en faveur de son cousin est valable. Mais s'il n'avait pas eu de frères ni sœurs, et qu'il eût laissé pour héritier (en ligne *directe ascendante*) son aïeul, la disposition serait nulle.

Il a été observé avec raison que la question de *capacité* se transforme ici en une véritable question de *disponibilité* (voy. *suprà*, n° 1721). Car la validité de la disposition faite au profit du médecin, parent jusqu'au quatrième degré, dépend de la *qualité des héritiers* que le malade laissera. Mais ce n'est qu'au moment de son décès que l'on pourra savoir quels seront ses héritiers. S'il laisse des héritiers *directs*, la disposition sera nulle ; sinon, elle sera valable. (Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 241.)

1742. L'exception faite en faveur de l'*héritier* qui est lui-même *parent* du malade ne s'applique pas à son *allié*.

Toutefois, il est généralement reconnu que la femme peut faire des donations à son mari médecin qui l'a traitée pendant la maladie dont elle est morte (arg. des art. 212, 1091, 1094). Ici la qualité de mari absorbe en quelque sorte celle de médecin.

Mais la jurisprudence admet aussi que la donation peut être annulée dans le cas où le médecin aurait épousé la femme pendant le cours de la maladie dont elle est morte, uniquement dans le but d'éluder la loi et d'échapper à l'incapacité prononcée par l'article 909. (Demolombe, n° 545.)

1743. 3° Les règles exposées aux n°s 1740-1742 « seront observées à l'égard du *ministre du culte* » (art. 909, al. 4) ; c'est-à-dire la même incapacité, avec les mêmes restrictions, frappe le ministre du culte qui a assisté spirituellement le disposant et lui a donné les secours de la religion pendant la maladie dont il est mort. Le motif est le même que dans le cas précédent. La règle s'applique aux ministres de tous les cultes et non-seulement à ceux du culte catholique.

Les incapacités de l'article 909 étaient admises par l'ancienne jurisprudence, quoiqu'elles ne fussent fondées sur aucune loi. (Troplong, n°s 635-649.)

1744. 4° « Les *enfants naturels* ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*. » (Voy. *suprà*, n°s 1338-1364, et quant au motif de cette disposition, voy. n° 584.) Elle intro-

duit plutôt une *indisponibilité* qu'une *incapacité;* car, pour apprécier l'étendue de la libéralité que le père a pu faire à son enfant naturel, il faut se placer au moment de l'ouverture de la succession du disposant (art. 757).

1745. 5° La loi du 25 ventôse an XI, art. 8, prononce quelques incapacités spéciales. Ainsi les notaires ne peuvent ni instrumenter pour eux-mêmes, ni recevoir d'actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou neveu inclusivement, seraient parties ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur.

A cette catégorie d'incapacités appartient celle prononcée par l'article 997, portant que le testament sur mer ne peut contenir aucune disposition au profit *des officiers du vaisseau*, s'ils ne sont parents du testateur.

1746. 6° Les dispositions entre-vifs ou par testament au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par le gouvernement (en **Belgique**, par « un arrêté royal ») (art. 910). Ces personnes *morales*, désignées sous le nom de mainmorte, ne sont pas incapables de recevoir, mais il faut que le gouvernement les y autorise. « Le zèle et la piété ne doivent pas excéder les bornes légitimes. L'intérêt de la société, celui des familles exigeaient cette limitation », dit le rapport au Tribunat, n° 18; et, d'après l'Exposé des motifs, n° 11, « le gouvernement doit connaître la nature et la quantité des biens qu'il met ainsi hors le commerce; il doit même empêcher qu'il n'y ait dans ces dispositions un excès condamnable. » (Locré, p. 443 et 365.)

La disposition devient caduque si le gouvernement refuse à l'établissement donataire l'autorisation de l'accepter. La libéralité n'est parfaite que par l'acceptation autorisée; jusque-là elle peut être révoquée par le donateur. Une acceptation provisoire par les directeurs ou administrateurs est sans effet. Ces dernières dispositions ont été modifiées en **Belgique** et en **France**. (Voy. *infrà*, n° 1868.)

Ces règles s'appliquent aussi aux dons manuels et aux donations déguisées.

1746 *bis*. 7° En **France**, nulle personne faisant partie d'une communauté ou congrégation religieuse de femmes, dûment autorisée, ne pourra disposer, par acte entre-vifs ou par testament, soit en faveur de cet établissement, soit au profit de l'un de ses membres, au delà du quart de ses biens, à moins que le don ou legs n'excède pas la somme de 10,000 francs. Cette prohibition cesse d'avoir son effet relativement aux membres de l'établissement, si la légataire ou donataire était héritière en ligne directe de la testatrice ou donatrice. (Loi du 24 mai 1825, art. 5.)

1747. L'article 912 portant qu' « on ne pourra disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français » a été aboli en **France** par la loi du 14 juillet 1819, et en **Belgique** par l'article 3 de la loi du 27 avril 1865. (Voy. *suprà*, nos 118 et 1281.) Dans les deux pays, les étrangers peuvent recevoir de la même manière que les regnicoles.

III. DE L'EFFET D'UNE DISPOSITION FAITE AU PROFIT D'UN INCAPABLE.

1748. L'article 911 porte : « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

« Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable. »

Cette règle a pour but d'empêcher que les prohibitions de la loi ne soient éludées. Conséquences qui en découlent :

1. Si la libéralité a été faite directement, elle est *nulle* dans le cas où l'incapable ne peut *rien* recevoir ; *réductible* dans le cas où le gratifié peut recevoir une partie de ce qui lui a été donné, comme, par exemple, l'enfant naturel (art. 908). Car alors l'incapacité n'est que *partielle*.

2. La libéralité est également *nulle* si elle a été faite au profit d'un incapable de *rien* recevoir par une disposition déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, ou par interposition de personnes.

Mais dans ce cas la disposition sera t-elle nulle *pour le tout*, si le donataire pouvait valablement recevoir une *quotité* des biens donnés, ou sera-t-elle seulement réductible ?

Cette question sera traitée à l'occasion de l'article 1099, où elle se reproduit dans les mêmes termes. (Voy. *infrà*, n° 2356.)

1749. Ceux qui prétendent qu'un acte à titre onéreux renferme une libéralité déguisée doivent *prouver* la simulation *frauduleuse*. Il ne faut donc pas admettre l'opinion de Delvincourt, qui pense que *tout* contrat à titre onéreux passé entre personnes dont l'une est incapable de recevoir de l'autre à titre gratuit doit, jusqu'à preuve contraire, être *présumée* renfermer une pareille disposition. La loi n'établit pas une semblable présomption, et c'est au demandeur de prouver le fondement de sa demande (art. 1315). La preuve peut se faire par tous moyens de droit, même par témoins et par présomptions (art. 1353).

1750. L'article 911 établit la *présomption* que *certaines* personnes sont personnes interposées, et que la libéralité dont elles sont les titulaires est destinée à un incapable. Sous le mot *enfants* il faut aussi comprendre les enfants *naturels* et les enfants *adoptifs;* mais il ne faut pas *étendre* la présomption d'interposition à tous les parents dont l'incapable est l'*héritier présomptif* au jour de la donation, ainsi que le fait l'article 1100.

Toutefois, une disposition faite au profit des enfants d'un incapable, après la mort de ce dernier, par exemple, une disposition faite par les père et mère d'un enfant naturel décédé, au profit de ses descendants légitimes, n'est ni nulle ni réductible à la portion que l'incapable décédé aurait pu recevoir lui-même, car les incapacités sont de stricte interprétation. (Voy. *suprà*, n° 1739; Gand, 26 février 1874, P., 1874, 274 et la note.) La question est controversée.

Les présomptions légales d'interposition de personnes ne peuvent être combattues par aucune preuve contraire; elles sont *juris et de jure* (art. 1352). Mais ces présomptions n'ont pas pour effet de proscrire la *preuve* d'interposition à l'égard d'autres personnes que celles mentionnées par la loi. (Grenoble, 29 février 1872, D., 1874, 5, 168; Nîmes, 14 janvier 1874, D., 1875, 2, 44; Grenoble, 8 décembre 1875, D., 1876, 1, 325.)

La nullité d'une disposition pour cause d'incapacité peut être proposée par toute partie intéressée; donc, par l'heritier; par le créancier de l'héritier ou par celui du disposant; par les légataires ou donataires. (Paris, 6 août 1872, D., 1874, 1, 173.)

IV. DES ÉPOQUES A CONSIDÉRER POUR LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR.

A. *En ce qui concerne les donations entre-vifs.*

1751. 1° Si la donation et l'acceptation se font par le *même acte*, le donateur et le donataire doivent être capables *au moment de la passation de l'acte*. Ce principe est le même lorsque la donation a été faite sous une condition suspensive (art. 1179). Ainsi, la perte de la capacité de l'une des parties, avant l'accomplissement de la condition, ne porte aucune atteinte à la validité de la donation.

1752. 2° Si la donation et l'acceptation ont lieu par *actes séparés*,

A. Le *donateur* doit avoir la capacité *naturelle* et la capacité *juridique* au moment de la déclaration de sa volonté. Cela n'est pas contesté. La même capacité doit également exister au moment de l'acceptation de la donation par le donataire. Car le donateur n'est *engagé* irrévocablement qu'*à ce moment*. Mais le donateur doit-il nécessairement être encore capable au moment où il reçoit la notification de l'acceptation par le donataire (art. 932)? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement. Cela résulte d'abord des principes généraux. Puis, l'article 932 dit que, dans le cas dont il s'agit, la donation n'a d'effet pour le donateur que du jour où l'acte qui constate l'acceptation lui aura été *notifié*. Sa volonté doit avoir *perduré* jusqu'à ce moment. La donation serait donc nulle si le donateur avait perdu sa capacité *avant* la notification; légalement il n'aurait plus eu de volonté.

Suivant M. Demante et d'autres jurisconsultes, il suffit que la capacité ait existé au moment de l'*acceptation* par le donataire. Cette opinion nous paraît erronée, précisément parce que le contrat n'est définitivement formé qu'au moment où le donateur a eu *connaissance* de l'acceptation par la notification.

1753. *B*. Le *donataire* doit avoir également la capacité *juridique* aux trois époques, c'est-à-dire à celle où le donateur a déclaré sa volonté, au moment de l'acceptation et au moment de la notification. Suivant d'autres, la capacité juridique de recevoir doit seulement exister au moment de l'*acceptation*, et la notification pourrait être faite même après l'incapacité encourue. Cette

opinion ne peut être admise, pour les motifs énoncés sous le numéro précédent. (Zachariæ, § 650, notes 2 et 3.)

B. *En ce qui concerne les dispositions testamentaires.*

1754. 1. De la capacité de *disposer*. Le *testateur* doit être *physiquement* ou intellectuellement ET *juridiquement* capable *au moment où il fait le testament*. Donc, le testament fait par un incapable, par exemple par un mineur âgé de moins de seize ans ou par un interdit, serait nul, quoique le testateur fût décédé en temps de capacité. (Fr. 19, D., *Qui testament. facere poss.*, 28, 1; fr., 1, § 8, D., *De bonor. poss.*, 37, 11.) Il n'est pas nécessaire qu'il ait encore la capacité *physique* ou *intellectuelle* de tester, au moment de son décès. La volonté une fois exprimée conserve sa force jusqu'à révocation. De plus, les facultés intellectuelles de l'homme s'affaiblissent ordinairement vers la fin de sa vie, et ce serait rendre souvent les testaments impossibles que d'exiger la capacité physique ou intellectuelle jusqu'au moment du décès. (Fr. 1, § 9, D., *De bon. poss.*, 37, 11.)

1755. Mais le testament perdrait-il sa validité si le testateur avait perdu, avant son décès, la capacité *juridique* de tester?

En **Belgique**, la question ne présente de l'intérêt qu'en cas d'*interdiction judiciaire* du testateur; car la condamnation à une peine criminelle et la perte de la nationalité n'entraînent plus l'incapacité de tester. (Voyez *suprà*, n[os] 1731 et 1747.)

D'après le droit romain, le testateur devait avoir conservé la *testamenti factio* jusqu'au moment de son décès, et le testament devenait nul si, avant son décès, il avait subi une *capitis deminutio*. (Maynz, *Cours de droit romain*, t. III, § 363 et 394; § 379. Mais les lois romaines disent que le testament n'est pas annulé si le testateur, avant sa mort, devient furieux ou s'il est interdit pour cause de prodigalité. (Maynz, § 394, *B*, 2, note 23; fr. 1, 2, 3, J., *Quibus non est permissum facere testam.*, 2, 12.)

Plusieurs auteurs admettent la première règle du droit romain également en droit français. (Zachariæ, § 650, note 5; Demolombe, n° 712). Nous croyons que ce serait avec raison dans les cas de perte de la nationalité et de condamnation criminelle, si elles entraînaient encore l'incapacité de disposer. Mais ces cas n'ont plus d'intérêt pratique en **Belgique**.

Il en est autrement en cas d'*interdiction*. La question ne pouvait pas surgir en droit romain parce que la démence n'entraînait pas l'incapacité *juridique*, mais seulement une incapacité de *fait* fondée sur l'insanité d'esprit, et le testament était valable s'il avait été fait dans un intervalle lucide. Les auteurs du Code ont supprimé l'admission des intervalles lucides, parce qu'il est si difficile de les distinguer des moments de démence dans un esprit malade, et ils ont admis la présomption que l'interdit est toujours sans l'usage de sa raison. (Voy. *suprà*, n° 798.) Or, pourquoi le testament, fait en état de capacité, deviendrait-il nul si le testateur meurt en état d'interdiction, c'est-à-dire dans l'état d'*insanité d'esprit légalement présumée*, alors que, d'après les textes du droit romain comme d'après la doctrine de tous les auteurs, le testament ne deviendrait pas annulable, quand même l'absence de la raison au moment du décès serait prouvée et reconnue? L'insanité d'esprit simplement *présumée* ne peut pas produire des conséquences plus fortes que l'insanité réellement établie. L'interdiction survenue ne peut donc pas entraîner la nullité d'un testament fait antérieurement. (Toullier, t. V, n°s 57, 87; Laurent, t. XI, n° 380.)

En **France**, la question a encore un intérêt en cas d'interdiction *légale*. Nous croyons que le testament perdra sa validité si le testateur est frappé de l'interdiction légale. (Voy. *suprà*, n°s 130 et 809.)

Dans tous les cas, il ne faut pas avoir égard à une *incapacité juridique* intermédiaire entre la confection du testament et le décès lorsqu'elle a cessé à ce dernier moment. *Media tempora non nocent*.

1756. 2. De la capacité de *recevoir*. Il faut distinguer.

A. L'institution est *pure* et *simple* ou à *terme*. Il suffit que le légataire soit capable de recevoir au moment du *décès du testateur*. Il est vrai que le droit romain exigeait la capacité du légataire tant à l'époque de la *confection* du testament qu'à celle du décès du testateur, d'après la règle *catonienne*: *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valet*. (Fr. 1, D., *De reg. Caton.*, 34, 7) : *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Cette règle était sans doute une conséquence de l'ancienne forme solennelle des testaments *per æs et libram* dans lesquels l'héritier

institué, jouant le rôle de l'*emptor familiæ*, devait être capable au moment de la mancipation. Elle était encore suivie aussi dans les pays de droit écrit, mais était combattue par presque tous les jurisconsultes du droit coutumier. Pothier dit : « *n'étant fondée que sur une subtilité, elle ne doit pas avoir lieu parmi nous.* » (Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans, n° 41.)

Le code civil la rejette aussi. D'après l'article 906 il n'est pas même nécessaire d'être *conçu* au moment de la confection du testament; c'est ce qui explique les mots de l'article 906, alin. 2 : *il suffit d'être conçu*, etc. A plus forte raison faut-il dire qu'il n'est pas nécessaire d'être *capable* à cette époque (arg. art. 1043). Les auteurs sont d'accord sur ce point.

B. L'institution est *conditionnelle*, faite sous une condition *suspensive*. Il suffit que le légataire soit capable au moment de l'*accomplissement de la condition*, quand même il ne l'aurait pas été au moment du décès du testateur. Il en était de même en droit romain, d'après lequel la règle catonienne ne s'appliquait pas aux legs conditionnels, ainsi que d'après l'ancien droit français écrit et coutumier. (Fr. 4, D., *De reg. Cat.*, 34, 7; fr. 41, § 2, D., *De legatis*, I, 30). Car on considère le legs conditionnel comme n'étant acquis au légataire qu'au moment de l'accomplissement de la condition, à la différence des droits conditionnels résultant de conventions, lesquels sont acquis par la convention même et dès lors transmissibles aux héritiers (art. 1179.)

Le Code, dans l'article 1040, a reproduit cette règle. Toutefois il ne faut pas l'étendre jusqu'à la *conception*. Même dans les legs conditionnels, le légataire doit avoir été conçu au moment du décès du testateur. (Voy. *suprà*, n° 1733.)

1757. Les règles qui précèdent s'appliquent sans difficulté aux incapacités *absolues*. Mais lorsqu'il s'agit d'incapacités *relatives*, il faut s'attacher à la double époque de la *confection du testament* et de la *mort* du testateur. Car l'incapacité relative constitue pour l'un l'incapacité de *donner*, pour l'autre celle de *recevoir*, et le testateur doit être juridiquement capable aux *deux* époques.

Les deux principales applications de cette règle se trouvent dans les articles 907 et 909; car l'article 908 contient plutôt un cas d'indisponibilité de biens, puisque l'époque à considérer pour juger dans quelle mesure la libéralité faite par le père ou la mère

à son enfant naturel est valable, est le moment du décès du disposant.

En vertu de la règle qui précède, le legs fait par le mineur devenu majeur en faveur de son tuteur qui n'avait pas rendu ses comptes au moment du testament, mais qui les a rendus plus tard, est nul, de même que le legs fait par le mineur en faveur de quelqu'un qui est devenu son tuteur postérieurement à la confection du testament. C'est une incapacité juridique d'après l'ancien droit comme d'après le code. (Voy. Demolombe, n[os] 724-726.)

Mais il en serait autrement dans le cas où le legs aurait été fait au profit d'un médecin ou d'un ministre du culte qui n'assistait pas encore le malade au moment de la confection du testament; il ne serait pas nul. Le texte formel de l'article 909 ne permet pas de prononcer la nullité. Cette différence s'explique historiquement. Sous l'ancien droit, l'incapacité de l'article 909 était plutôt de *fait* que de *droit;* elle n'était fondée sur aucune loi et admise seulement par la jurisprudence. C'est pourquoi la disposition devait être maintenue si elle avait été valable au moment du testament. (Demolombe, n° 727.)

CHAPITRE III.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE. ET DE LA RÉDUCTION. (Art. 913-930.)

NOTIONS GÉNÉRALES.

1758. En *principe*, toute personne capable peut disposer de ses biens comme elle l'entend.

Exceptionnellement, la loi limite cette faculté dans certains cas; alors on appelle *portion* ou *quotité disponible* la partie de biens dont on peut disposer, et portion ou quotité *indisponible* la partie de biens dont il est interdit de disposer.

La quotité *indisponible* s'appelle *réserve* lorsque la défense de disposer des biens est établie en *faveur de certaines personnes spécialement désignées,* dans le but de garantir leur droit de succession *ab intestat.*

L'objet de la *réserve* est toujours une portion *indisponible;* mais

une portion de biens peut être *indisponible*, sans constituer une réserve, par exemple, la portion dont le mineur ne peut pas disposer (art. 903, 904 et *suprà*, n° 1728). La défense est alors introduite dans l'intérêt du disposant lui-même ou dans celui de *tous* ses héritiers indistinctement.

Les règles du code civil sur la quotité disponible sont les unes *générales* ou de droit commun, les autres *spéciales*, savoir : 1° à la quotité dont le mineur peut disposer par testament ; 2° à la quotité disponible entre époux, s'il n'y a pas d'enfant d'un premier lit (art. 1094) ; 3° à la quotité disponible entre époux lorsqu'il y a des enfants d'un premier lit (art. 1098). Pour ne pas nous écarter de l'ordre du code civil, nous traiterons de ces deux dernières au chapitre IX.

Introduction historique.

1759. Jusque sous l'empire, les Romains avaient la liberté absolue de disposer de leurs biens comme bon leur semblait, sans être tenus de laisser quoi que ce fût à qui que ce fût. La règle des XII tables : *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, restait en vigueur. Il paraît que les exhérédations des parents étaient rares et réprouvées par les mœurs, si elles avaient eu lieu sans motif. C'est surtout vers la fin de la république que cette opinion se faisait jour ; elle jugeait sévèrement les personnes qui, dans leur testament, excluaient leurs proches parents, et considérait un pareil testament comme contraire aux devoirs moraux (*inofficiosum*). On admettait que les parents pouvaient s'en plaindre au tribunal des centumvirs, qui pouvait rescinder un pareil testament comme ayant été fait dans un moment de démence (*colore insaniæ*). Le pouvoir des centumvirs était d'abord arbitraire quant à l'appréciation des motifs de l'exclusion et quant à la quotité dont la privation pouvait motiver la plainte. Peu à peu la jurisprudence devint plus stable ; on admit que le parent qui, par testament, avait reçu le quart de sa portion *ab intestat* était sans grief, et le droit d'élever la plainte fut limité aux descendants et aux ascendants et aux frères et sœurs germains et consanguins. Ulpien rapporte que les cognats au delà de ce degré ont peu d'espoir d'y réussir. L'empereur Constantin, suivant probablement une jurisprudence déjà prati-

quée antérieurement, n'accordait la plainte aux frères et sœurs que lorsqu'une personne vile (*persona turpis*) leur avait été préférée. Tel était l'état de la législation jusqu'à Justinien, qui, par les novelles 18 et 115, introduisit les principes suivants : Les ascendants ne pourront plus omettre ni exhéréder leurs descendants que pour une des causes prévues par la loi ; et réciproquement les descendants ont les mêmes devoirs envers leurs ascendants immédiats. Certaines personnes déterminées par la loi ont droit à une portion des biens laissés par le testateur, dont elles ne peuvent être privées que pour une cause légale (*portio debita* ou *legitima*). Si le défunt avait laissé quatre enfants ou moins, cette portion était d'un *tiers* de la portion *ab intestat* et elle était de la *moitié* s'il avait laissé cinq enfants ou un plus grand nombre. La rédaction des novelles laisse un doute sur la quotité qui forme la réserve des ascendants et des frères et sœurs ; toutefois ces derniers n'ont droit à la légitime que s'ils ont été exclus par une *persona turpis*. Le légitimaire devait être *institué héritier* pour mettre le testament à l'abri de la rescision, mais il pouvait être institué sur des objets déterminés (*ex re certa*), ou même sur une quote-part inférieure à sa réserve ; dans ce dernier cas, il n'avait qu'une action pour obtenir le supplément de la réserve. (Voy. Maynz, *Droit romain* (t. III, § 390, 391) ; Rivier, *Successions à cause de mort*, § 32 35, p. 206-226.)

1760. Dans les pays *de droit écrit*, on suivait les principes du droit romain sur la *légitime*, modifiés par la jurisprudence. La légitime y était considérée moins comme une *quote-part de l'hérédité* que comme une *portion* de biens attribuée à chacun des légitimaires en vertu des liens du sang. *Legitima pars est bonorum, non hæreditatis*, disaient les jurisconsultes. Il n'était pas nécessaire d'*accepter* l'hérédité pour réclamer la légitime contre l'héritier institué ou contre les légataires ou donataires. Le légitimaire pouvait demander la nullité du testament s'il avait été injustement exhérédé ou prétérit. S'il avait été institué héritier pour un objet ou une somme quelconque d'une valeur inférieure à sa légitime, il avait l'action en supplément. Le légitimaire n'avait pas la saisine. (Zachariæ, § 678.)

L'ordonnance de 1735 sur les testaments n'a fait que reproduire les règles du droit romain.

1761. Il est difficile d'établir à quelle époque de l'histoire les principes sur la légitime ont été reçus dans les pays de *droit coutumier*.

Avant le code, les pays étaient divisés en plusieurs classes. Les uns, et ils formaient le plus grand nombre, ne réglaient point la *quotité* de la légitime des enfants; d'autres adoptaient les règles du droit écrit; d'autres encore établissaient spécialement une légitime, et de ce nombre était la coutume de Paris, dont l'article 298 est ainsi conçu :

« La légitime est *la moitié* de telle part et portion que chacun enfant eût eue en la succession desdits père et mère, aïeul ou aïeule ou autres ascendants, si lesdits père et mère ou autres ascendants n'eussent disposé par donation, entre-vifs ou dernière volonté. Sur le tout déduit les dettes et frais funéraires. »

Dans les pays dont la coutume n'avait pas fixé la quotité de la légitime, l'usage et la jurisprudence avaient admis les règles du droit romain ou celles de la coutume de Paris. (Bigot-Préameneu, Rapport au conseil d'État sur la légitime, Locré, t. XI, p. 69-70.)

Mais les principes du droit coutumier ne restaient pas sans influence sur le caractère juridique de la légitime. Ainsi une des plus grandes controverses qui divisaient les jurisconsultes était celle de savoir si la légitime était seulement *une quote-part des biens due aux enfants en leur qualité d'enfants*, ou bien *une quote-part de la succession à laquelle les enfants ne pouvaient avoir droit qu'en qualité d'héritiers;* en d'autres termes, l'enfant, pour réclamer sa légitime par voie d'*action*, devait-il se porter héritier? ou, tout au moins, sans se porter héritier, pouvait-il la retenir par voie d'exception?

La plupart des anciens jurisconsultes, par exemple, Dumoulin, Guy Coquille, Domat, Pothier, sont d'avis que l'enfant, pour pouvoir réclamer sa légitime, devait se porter *héritier*. Les règles sur la *réserve coutumière* (voy. nº 1762) avaient presque absorbé la légitime romaine. D'après le droit coutumier, la *succession elle-même*, ou au moins la *qualité d'héritier*, était indisponible par suite de la maxime : *Institution d'héritier ne vaut;* le testateur pouvait seulement faire des legs; la *qualité d'héritier* restait toujours au parent successible. Tant que le testateur pouvait disposer d'une manière illimitée, la qualité d'héritier pouvait se ré-

duire à un vain titre; mais depuis que la quotité dont le testateur pouvait disposer était restreinte par l'application des principes sur la légitime, il ne pouvait plus ne laisser que le vain titre d'héritier; ce titre lui donnait en même temps la portion de l'hérédité soustraite à la disposition du testateur. La légitime, c'était la succession elle-même, diminuée seulement de la portion dont le testateur pouvait légalement disposer.

Les conséquences qui découlaient de ce principe étaient :

1° La légitime était, non une *pars bonorum*, mais une *pars hæreditatis*, c'est-à-dire elle devait être laissée en objets de la succession; ou, comme disait Lebrun : « La part du légitimaire *se faisait par voie de partage et par jet de lots*, ni plus ni moins, à proportion, que s'il était héritier »;

2° Le légitimaire avait tous les avantages attachés à la qualité d'héritier; ainsi il avait la *saisine* et il profitait du droit d'accroissement;

3° Il ne pouvait réclamer la légitime que s'il se portait héritier;

4° En renonçant à la succession il perdait son droit à la légitime.

Le motif qui avait fait hésiter plusieurs jurisconsultes à admettre cette opinion, c'est que le légitimaire, en se portant héritier, était chargé des *dettes* de la succession et qu'il ne pourrait attaquer les donations excessives que le *de cujus* avait faites entre-vifs, sans être tenu des dettes de l'hérédité. Mais ce motif n'était pas fondé; Pothier l'a fort bien réfuté.

Nonobstant l'opinion de la plupart des jurisconsultes, la pratique admettait, au témoignage de Lebrun, que le légitimaire, lorsque les biens existants dans la succession étaient absorbés par les dettes, pouvait demander la réduction des donations entre-vifs qui entamaient sa légitime, sans accepter la succession et même en y renonçant.

Presque tous les auteurs enseignent que l'enfant peut retenir sa légitime par *voie d'exception*, même en renonçant à la succession. C'était l'application des règles romaines.

Dans les pays coutumiers, les enfants et les descendants seuls avaient droit à la légitime, et non les ascendants ni les collatéraux. (Voy. Demolombe, XIX, nos 17-28.) C'est parce que les collatéraux avaient la *réserve coutumière* des propres; et si l'on avait

admis encore une légitime en faveur des ascendants en ne laissant pas aux enfants la disposition des meubles et des acquêts à la succession desquels les ascendants étaient appelés par la loi, ils eussent été presque entièrement privés de la liberté de disposer. (Exposé des motifs, n° 17, Locré, p. 371.)

1762. A côté de la *légitime*, le droit coutumier avait introduit une autre restriction, c'était la *réserve coutumière*, appelée aussi *légitime coutumière*, par opposition à la *légitime romaine* ou *de droit*. Elle ne concernait que les biens *propres de succession* et non les acquêts ni les meubles (voy. n° 1247). Il n'était permis de disposer par testament des biens *propres* que jusqu'à concurrence d'une faible quotité, laquelle était d'un *cinquième* d'après l'article 292 de la coutume de Paris. Les quatre cinquièmes ou *quatre quints* étaient donc la *réserve*. Elle avait pour but de conserver les propres dans la famille (*paterna paternis, materna maternis*). La réserve était dévolue aux parents de l'estoc et ligne dont provenaient les propres, quels que fussent d'ailleurs la qualité de ces parents, leur nombre et leur degré de parenté avec le défunt. Elle faisait partie de la succession *ab intestat;* il fallait être *héritier*, donc accepter la succession pour y avoir droit. Elle ne pouvait jamais appartenir aux *ascendants*, parce que *les propres ne remontent pas*. (Demolombe, n°s 14-16.)

1763. Droit intermédiaire. Les lois des 7-11 mars 1793 et du 5 brumaire an II avaient enlevé aux père et mère le droit d'exhéréder leurs enfants. L'article 62 de la loi du 17 nivôse an II abolit la réserve coutumière, et l'article 16 de la même loi restreignit considérablement la quotité disponible en défendant à celui qui laissait des héritiers en ligne *directe* de disposer de plus d'un *dixième* de son patrimoine, et à celui qui laissait des héritiers collatéraux de disposer de plus d'un *sixième;* et encore ne pouvait-il disposer de cette portion qu'au profit d'un *étranger*, et non d'un de ses héritiers. La loi du 4 germinal an VIII a étendu le droit de disposition. M. Demolombe fait observer avec raison que les lois intermédiaires ne déterminent pas le *quantum* de la *réserve*, mais le *quantum* de la *quotité* disponible, de sorte que la réserve n'étant déterminée que tacitement et par voie de conséquence, n'est autre chose que la *succession ab intestat elle-même déclarée indisponible*. (Voy. n° 32.)

1764. Le projet primitif du Code proposait de fixer la *quotité disponible* à un quart, si le disposant laissait, à son décès, des descendants; à la moitié, s'il laissait des ascendants ou des frères et sœurs, et aux trois quarts, s'il laissait des neveux ou nièces, enfants au premier degré d'un frère ou d'une sœur. Ce projet se rapprochait encore des idées qui régnaient dans la loi du 17 nivôse an II et dans celle du 4 germinal an VIII. Bigot-Préameneu fit, à la séance du conseil d'État du 30 nivôse an XI (29 janvier 1803), un rapport sur la légitime des descendants, des ascendants et des frères et sœurs, à la suite duquel il s'engagea, sur la quotité de la réserve, une longue discussion qui aboutit aux règles du code.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE (art. 913-919).

I. NOTION, CARACTÈRE JURIDIQUE ET MOTIFS DE LA RÉSERVE.

1765. La réserve est une *portion de la succession ab intestat* que la loi assure à certains *heritiers* contre les dispositions *à titre gratuit*. Elle doit être laissée au réservataire *libre de toute charge*, et ne peut dès lors être soumise à aucune condition.

D'après cette définition, il faut donc être *héritier* pour avoir droit à la réserve. Cette thèse a été controversée. Quelques jurisconsultes, se fondant sur l'ancien droit, disent que la réserve est une *partie des biens* (*pars bonorum*) attribuée à chaque réservataire *individuellement*, et non une quote-part de l'hérédité attribuée *collectivement* à tous les héritiers légitimaires. Ils invoquent, à l'appui de cette thèse, le texte de l'article 913, qui ne parle que des *enfants* qu'a *laissés* le défunt, sans distinguer entre ceux qui sont *héritiers* et ceux qui ne le sont pas; et ils ajoutent que la loi ne prescrit pas que l'on soit *héritier* pour avoir droit à la réserve. Les partisans de cette opinion se prévalent en outre des mots qui se trouvent dans les observations de la section de législation du Tribunat sur la rédaction de l'article 921 : « L'action en réduction est un droit purement personnnel. Il est réclamé

par l'individu comme enfant, abstraction faite de la qualité d'héritier, qu'il peut prendre ou non. S'il en était autrement, il arriverait souvent que l'action en réduction serait illusoire. » (Observations du Tribunat, n° 19, Locré, p. 310-312.) Enfin, on dit que l'*héritier*, étant le représentant du défunt, doit respecter les actes consentis par ce dernier; le défunt lui-même n'aurait pas pu attaquer les donations; donc son *héritier* ne le pourrait pas non plus; la qualité d'*héritier*, dans la personne du réservataire, aurait donc pour effet d'anéantir son action en réduction. (Troplong, n°s 915-926.)

1766. Ces raisons se réfutent par les suivantes :

1° Les principes de l'ancien droit, d'ailleurs très-controversés, ne peuvent plus être invoqués. Le droit romain, de même que l'article 298 de la coutume de Paris (voy. n° 1761), attribuait directement et individuellement à chaque enfant ou à chaque légitimaire sa réserve, en en fixant le montant. C'est ce que le code ne fait pas. Dans les articles 913 et 915, *il se borne à limiter la faculté de disposer ou plutôt à limiter la quotité disponible* pour le cas où le défunt laisserait des descendants ou des ascendants; mais il n'attribue à personne individuellement une réserve et n'en fixe pas le montant. De là il résulte que celui qui a des parents en ligne directe doit *laisser dans la succession* la portion de biens dont la loi lui défend de disposer. Le patrimoine du défunt est divisé en deux parties : l'une dont il a pu disposer, l'autre dont il n'a pas pu disposer; cette dernière forme la succession *ab intestat*. A qui pourra-t-elle appartenir si ce n'est à celui qui y est appelé par la loi? La loi y appelle les *héritiers*, et elle ne l'attribue à personne à *un autre titre*. Quel titre autre que celui d'*héritiers* les réservataires pourraient-ils invoquer pour prendre la succession? S'ils ne la prennent pas en cette qualité, la succession sera vacante;

2° L'expression : *laisser des enfants*, dont se sert l'article 913, est souvent synonyme de celle-ci : *laisser des enfants ou des parents qui succèdent, qui sont héritiers;* par exemple, dans l'article 757 (*suprà*, n° 1340). D'ailleurs, un grand nombre de dispositions du code présentent la réserve comme un droit *subordonné à la qualité d'héritier*, ou bien elles supposent implicitement que celui qui réclame la réserve se porte héritier; par exemple, les

articles 914, 915, 917, 918, 922, 924, 930, 1004, 1006, 1009, 1011;

3° Quant aux paroles qui se trouvent dans les observations du Tribunat, on en a exagéré la portée. Elles énoncent un *motif* erroné pour une décision juste. Voici dans quel ordre d'idées elles ont été émises.

Dans la séance du conseil d'État du 5 ventôse an XI (24 février 1803) il avait été décidé, après une longue discussion, « que les créanciers de la succession peuvent exercer leur action sur les biens que la réduction rend au légitimaire. » (Voy. n° 10, Locré, p. 196.)Le Tribunat attaquait cette décision et demandait la suppression des mots : « *Sauf à ces créanciers à exercer leurs droits sur les biens recouvrés par l'effet de cette réduction* » qui terminaient l'article 31 du projet (921 du code). Le motif de cette proposition était formulé de la manière indiquée au numéro précédent. C'était uniquement dans le but d'exclure les *créanciers* de tout droit sur la réserve qu'elle était présentée comme un *droit personnel* de l'enfant; mais la question qui nous occupe n'était pas discutée. Dans la séance du conseil d'État du 24 germinal suivant (14 avril 1803), Tronchet, qui n'avait pas assisté à la séance du 14 février, défendait l'opinion du Tribunat, mais pour des motifs tout autres que ceux allégués par la section, et le conseil d'État adopta le changement proposé (Locré, p. 337-338);

4° A l'argument consistant à dire que l'héritier est lié par les actes du défunt et qu'il ne peut les impugner, on peut répondre par analogie avec le rapport. Pour demander le rapport, il faut aussi être héritier, et par le rapport on défait la donation. D'ailleurs rien ne s'oppose à ce que la loi attribue à l'héritier, en cette qualité, un *droit propre et individuel,* à l'égard duquel il n'est pas le *représentant* du défunt.

La doctrine que nous adoptons est aujourd'hui presque généralement admise.

1767. Du principe que la réserve constitue un *droit de succession,* il suit que les règles générales sur les successions s'appliquent aussi à la réserve et aux héritiers à réserve. Donc :

1° Les héritiers peuvent réclamer la quotité réservée en *nature,* sans être tenus de se contenter de la *valeur,* sauf les articles 924, 930;

2° L'héritier qui renonce et celui qui est déclaré indigne n'ont aucun droit à la réserve et ne peuvent la *demander par voie d'action;*

3° De même, l'héritier indigne ou renonçant ne peut retenir par voie d'*exception* les dons ou legs dont il est nanti cumulativement avec sa part dans la réserve (voy. *suprà*, n° 1520);

4° Les héritiers auxquels la loi attribue une réserve y succèdent dans le même ordre dans lequel ils viendraient si le défunt n'avait pas fait de dispositions à titre gratuit (voy. n°s 1316-1336). La réserve est donc dévolue à tous les héritiers réservataires en masse; le concours seul opère le partage (*concursu partes fiunt*);

5° Ils peuvent accepter la succession purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire avec les effets ordinaires que produisent ces différences;

6° Le droit à la réserve s'ouvre, comme les successions en général, par la mort de celui sur le patrimoine duquel elle a lieu. C'est donc au moment du décès qu'il faut s'attacher, soit pour régler, d'après le nombre et la qualité des héritiers, la portion disponible, soit pour en fixer le montant en formant la masse des biens.

1768. Les principales différences entre la réserve et l'ancienne *légitime des pays coutumiers* sont : 1° la *réserve* est accordée aux descendants et aux *ascendants*, la *légitime* seulement aux *descendants* (voy. n° 1761); 2° la réserve porte sur une quote-part de l'hérédité attribuée collectivement à tous les héritiers à réserve; la légitime ne porte que sur une quote-part de biens attribuée individuellement à chacun des légitimaires.

Les principales différences entre la réserve du code et la *réserve coutumière* sont :

1° La réserve n'est accordée qu'aux héritiers en ligne directe; la réserve *coutumière* à *tous* les héritiers des propres;

2° Elle porte sur tous les biens de la succession; la réserve *coutumière* seulement sur les *propres;*

3° La réserve coutumière permettait seulement de faire réduire les dispositions *testamentaires,* et non les donations entre-vifs.

1769. Aux termes de l'article 919, alinéa 1er : « La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre-vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles

du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu que la disposition ait été faite expressément à titre de préciput ou hors part. »

Les auteurs du code ont expressément introduit cette disposition pour bien faire ressortir leur intention de maintenir l'abrogation de la loi du 17 nivôse an II, qui défendait de donner la quotité disponible à l'un des héritiers. L'article 5 de la loi du 4 germinal an VIII avait déjà dérogé à cette disposition, en permettant de donner à un successible la quotité disponible dans les limites fixées par cette loi. De cette manière le législateur a voulu attribuer au père de famille un moyen de réparer l'inégalité que la nature pouvait avoir établie entre les enfants et de récompenser ceux dont la conduite pouvait mériter une préférence. (Exposé des motifs, n° 20, Locré, p. 380-381.)

1770. Motifs de la réserve. Les législateurs ont considéré la réserve des *descendants* comme une continuation des obligations de la paternité, comme un moyen de conserver l'existence et d'assurer l'avenir des enfants.

En ce qui concerne les *ascendants*, elle est considérée comme une dette de reconnaissance de la part des descendants. La réserve est en quelque sorte une sanction de la dette alimentaire existant entre parents en ligne directe. De plus, elle a pour motif le respect dû aux ascendants.

La même dette n'existe pas entre collatéraux. La loi n'a pas voulu trop restreindre la faculté de disposer de ses biens. De plus, on a dit dans les discussions que les liens de famille seront mieux maintenus si les parents collatéraux conservent la libre disposition de leurs biens que s'ils avaient été limités par une réserve. (Exposé des motifs, n° 18, Locré, p. 372-377.)

II. DES PERSONNES QUI PEUVENT AVOIR DROIT A LA RÉSERVE ET DE LA QUOTITÉ A LAQUELLE ELLES ONT DROIT.

A. *De la réserve des descendants.*

1771. « Les libéralités, soit par acte entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime; le tiers, s'il laisse

deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre » (art. 913).

« Sont compris dans l'article précédent, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit; néanmoins ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant » (art. 914).

Dans l'article 914, il ne faut pas prendre les mots *qu'ils représentent* « dans le sens propre et technique de l'article 739. Le sens de cette phrase est celui-ci : *Les petits-enfants ne comptent que pour l'enfant* DONT ILS SONT ISSUS.

Car, si l'on prenait à la lettre le texte de la loi, il faudrait choisir entre ces deux conséquences : ou bien, que les petits-enfants n'ont pas droit à la réserve lorsqu'ils succèdent de *leur chef*, au lieu de venir par *représentation;* ce qui n'est pas admissible; car, ce n'est qu'à *défaut de descendants* que les libéralités peuvent épuiser la totalité des biens, dit l'article 916. Ou bien, il faudrait dire que les petits-enfants, lorsqu'ils viennent de *leur chef*, compteront pour autant de têtes, ce qui favoriserait la fraude. Par exemple, A est enfant unique; il a trois enfants. Son père a disposé de la moitié de la succession. Il a pu le faire. Mais si les enfants venant de leur chef comptaient par têtes, A n'aurait qu'à *renoncer* à la succession de son père; ses trois enfants accepteraient cette succession, et les libéralités se réduiraient à un *quart*. (Mourlon, p. 251.)

1772. L'article 913 ne parle que des enfants *légitimes;* mais les enfants *légitimés*, en vertu de l'article 333, et les enfants *adoptifs*, en vertu de l'article 350, ont le même droit à la réserve, puisqu'ils ont les droits des enfants légitimes. Il en est de même des enfants issus d'un mariage putatif (art. 201, 202). En conséquence, il faut aussi compter les enfants légitimés, les enfants adoptifs et ceux issus d'un mariage putatif, pour déterminer le tarif de la réserve.

En ce qui concerne les enfants légitimés et les enfants adoptifs, la réserve s'exerce aussi sur les biens dont le *de cujus* avait disposé *avant* la légitimation ou avant l'adoption, de même que les enfants légitimes l'exercent sur les biens donnés par lui avant leur conception. La donation est révoquée par la survenance d'enfant.

Du principe qu'il faut être héritier pour avoir droit à la réserve il suit qu'elle n'est pas due aux enfants absents (voy. *Cours de droit civil*, n° 257), ni aux enfants déclarés indignes, ni à ceux qui renoncent à la succession.

1773. L'enfant renonçant ne doit-il pas compter pour le calcul de la réserve? Il y a deux systèmes :

1° D'après l'un, l'enfant fait nombre pour fixer le tarif de la réserve. Mais, par suite de sa renonciation, la part du renonçant dans la réserve accroît *tout entière* aux autres héritiers, et les légataires ou donataires de la quotité disponible n'en profitent pas. Par exemple, A a trois enfants et 60,000 francs. Il a disposé de 20,000 francs, tandis que la quotité disponible n'était que de 15,000 francs. Donc, chaque enfant a droit à une réserve de 15,000 francs. Un des trois enfants renonce; sa réserve de 15,000 francs accroît aux deux autres et, malgré la renonciation, la quotité disponible reste fixée à 15,000 francs. (Grenoble, 17 janvier 1867, D., 1868, 2, 17 et la note; cass. fr., 25 juillet 1867 et 21 juin 1869, D. 1868, 1, 65 et 1874, 5, 377; Grenoble, 5 janvier 1871, D. 1871, 2, 209.)

2° D'après l'autre système, le renonçant n'est *pas compté*. La réserve sera pour l'acceptant ce qu'elle aurait été si le renonçant n'avait pas existé, ou s'il était décédé avant le *de cujus*. Les donataires et légataires profiteront aussi de la renonciation dans la proportion dans laquelle la quotité disponible est augmentée par la renonciation. Ainsi, dans l'exemple précédent, par la renonciation de l'un des enfants le nombre des réservataires est réduit à deux; la quotité disponible est donc d'un tiers, soit de 20,000 fr., et les donataires et légataires en profitent.

Cette opinion est juste et conforme au principe de l'article 785. La renonciation profite à ceux à qui la présence du renonçant aurait fait obstacle (voy. *suprà*, n°s 1420, 1421). Il ne peut pas y avoir une dévolution spéciale de la réserve. (Laurent, t. XII, n° 21.)

B. *De la réserve des ascendants.*

1774. L'article 915 porte : « Les libéralités par actes entre-vifs ou par testament ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans

chacune des lignes paternelle et maternelle; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne. — Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder; ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. »

Le système du Code présente ici une particularité. Les frères et sœurs n'ont pas droit à la réserve, et néanmoins des ascendants, qui leur sont *postposés* dans l'*ordre de succéder*, ont droit à une réserve. Sous ce dernier rapport, ils sont mieux traités que les frères et sœurs.

La réserve des ascendants n'est pas calculée d'après leur *nombre*, mais uniquement et invariablement d'après les *lignes*. La réserve attribuée à chaque ligne se partage entre les différents ascendants du même degré qui se trouvent dans la même ligne.

La réserve des ascendants n'est pas toujours d'une *portion* de leur part héréditaire, mais quelquefois de leur part héréditaire *tout entière*. C'est ce qui a lieu lorsque les père et mère, ou le père seul ou la mère seule se trouvent en concours avec des frères ou sœurs du *de cujus*, ou avec des descendants d'eux.

1775. Les ascendants qui ont droit à une réserve sont : 1° les ascendants légitimes; 2° ceux de l'enfant légitimé.

Les ascendants adoptifs n'ont pas de réserve; car ils n'ont pas même un droit de *succession* sur les biens de l'enfant adoptif, sauf leur droit de retour. (Art. 351.)

Quant aux père et mère qui ont reconnu un enfant naturel, voy. *infrà*, n° 1782.

1776. Les ascendants ont droit à la réserve à titre d'héritiers (art. 915, alin. 2, et *suprà*, n° 1765). De là il résulte :

1° Qu'ils succèdent à la réserve dans le même ordre dans lequel ils sont appelés à la succession.

Toutefois le principe de la dévolution d'une ligne à une autre (art. 755) ne s'applique pas à la réserve. L'ascendant d'une ligne à qui la part afférente à l'autre ligne est dévolue à défaut de successible dans cette ligne ne peut pas prétendre à la *moitié de toute* la succession, c'est-à-dire à un quart dans *chaque ligne*, à titre de

réserve. Elle reste fixée à un quart. Le texte de l'article 915, alinéa 1er, est formel;

2° Que les père et mère n'ont droit à la réserve qu'autant que le *de cujus* n'a pas laissé d'enfants;

3° Que les ascendants autres que père et mère n'ont pas droit à la réserve lorsque le *de cujus* a laissé ses père et mère, ou des frères et sœurs, ou des descendants d'eux; car alors les ascendants sont exclus de la *succession* par ces derniers. (Rapport de Jaubert, n° 24, Locré, p. 446.)

On a cherché à justifier ce singulier système par ces motifs-ci: si le *de cujus* ne laisse que des ascendants, ils n'ont plus personne à qui ils puissent demander des aliments; c'est pourquoi la loi leur donne la réserve. Mais si le *de cujus* a laissé des frères ou sœurs, les ascendants ont des descendants à qui ils pourraient demander des aliments; il n'est donc pas nécessaire d'assurer leur sort par une réserve.

1777. Si, dans le cas cité sous le n° 2, les enfants, et dans le cas cité sous le n° 3, les frères ou sœurs ou descendants d'eux, ou les ascendants d'un degré plus proche (père et mère) renoncent à la succession du *de cujus*, l'obstacle qui s'opposait à la succession des ascendants a disparu (art. 785), ils sont héritiers et ont droit à la réserve. (Demolombe, XIX, n° 116). La question toutefois est controversée. En sens contraire se prononce surtout Zachariæ (Aubry et Rau, § 680, note 10.) Les motifs que ce dernier auteur invoque, et qui ne manquent pas de vérité, sont des inconvénients résultant du système de la loi plutôt que des arguments juridiques pour la justesse de la manière dont il interprète la loi.

1778. Supposons que le *de cujus* ait un aïeul et un frère, et qu'il ait nommé un légataire universel. Si alors l'aïeul *seul* survit au testateur, il peut demander sa réserve, donc la réduction aux trois quarts.

Cela est incontestable. Mais que faut-il décider dans ces deux cas-ci :

1° Si le frère et l'aïeul survivent au testateur? Suivant beaucoup de jurisconsultes, le légataire universel conservera toute la succession, puisque personne n'a le droit de demander la réduction du legs. (Cass. fr., 22 mars 1869, D. 1869, 1, 431.) L'ascen-

dant n'en a pas le droit, parce qu'il n'est pas héritier; le frère ne l'a pas, parce qu'il n'est pas réservataire. D'autres prétendent que les ascendants ont toujours droit à la réserve, opinion admise par arrêt de Cologne, du 23 mai 1867 (*Archives rhén.*, t. 61, I, p. 61.)

2° Si, dans la même hypothèse, le frère renonce à la succession, l'ascendant peut-il demander sa réserve? Quelques jurisconsultes soutiennent l'affirmative, parce que, nonobstant le testament, le frère conserve la qualité d'héritier, et sa renonciation produit un effet. (Demolombe, n° 122.) Cette dernière opinion nous paraît tout à fait erronée, car il est évident que le frère ne peut pas renoncer *à un droit qui ne lui a jamais été dévolu*, qui n'a pas été ouvert à son profit. Le testateur a lui-même réglé sa succession. (Laurent, t. XII, n° 26.)

La première question est plus douteuse et on pourrait alléguer quelques motifs pour le droit absolu des ascendants à la réserve. Mais ce droit nous semble réfuté par les travaux préparatoires du code. Nulle part nous ne trouvons un indice que, dans ce cas, les ascendants auraient droit à la réserve. Bien au contraire, Jaubert, dans son Rapport au Tribunat, n° 24, dit : « Il faut bien remarquer que le projet ne parle que des ascendants qui auraient succédé dans l'ordre légitime. Si donc il s'agissait de l'aïeul et qu'il y eût des frères ou sœurs, ou descendants d'eux, dans ce cas, l'aïeul ne succédant pas dans l'ordre légitime, *il n'y aurait pas non plus de réserve pour l'aïeul*; et dans ce cas encore, *tout serait disponible.* » (Locré, p. 446.)

Il résulte de ce qui vient d'être dit que l'article 916 n'est pas tout à fait exactement rédigé. Il n'est pas nécessaire que le défunt *n'ait pas laissé* d'ascendants pour pouvoir épuiser la totalité des biens par des dispositions à titre gratuit. Il le peut aussi s'il a laissé, *avec* les ascendants, des frères et sœurs ou des descendants d'eux.

1779. Quel est, dans l'article 915, alinéa 2, le sens des mots: « *Ils ont seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée?* »

Le sens est celui-ci : les ascendants sont maîtres de se présenter à la succession, soit comme simples héritiers *ab intestat*, soit comme réservataires, selon leur intérêt. Ils ont le droit de se

présenter en cette *dernière qualité* toutes les fois que, soit par suite des *seules dispositions* du défunt, soit par suite de ces dispositions *et le concours* des collatéraux, les ascendants n'ont pas leur réserve intacte. Par exemple : la succession est de 40,000 francs. Il y a un aïeul paternel, un collatéral de la ligne maternelle, et un légataire particulier de 10,000 francs. L'aïeul prend 15,000 francs comme héritier *ab intestat* et cette somme remplit sa réserve. Mais si le legs avait été de 30,000 francs au lieu de 10,000 francs, l'ascendant n'aurait eu *ab intestat* que 5,000 francs; il prendra alors la totalité de la somme de 10,000 francs à titre de réservataire. (Voy. Observations du Tribunat, n° 13 : séance du conseil d'Etat du 24 germinal an XI (24 avril 1803), n° 4 (Locré, p. 308-309, 336).

C. *De la réserve de l'enfant naturel.*

1780. La question de savoir si l'enfant naturel a droit à une réserve, très-controversée pendant les premières années après la promulgation du code civil, peut être considérée aujourd'hui comme *résolue affirmativement* par la jurisprudence et par presque tous les auteurs. Pour la solution négative on disait :

1° Les articles 913 et 916 ne parlent que des enfants *légitimes ;*

2° Les articles 756 et 757, qui fixent les droits des enfants naturels, sont placés dans le titre des successions *ab intestat,* mais dans le titre des *donations entre-vifs et des testaments*, il n'y a aucune règle qui limite la quotité disponible en leur faveur;

3° Enfin l'article 757 ne leur accorde de droits que sur les biens de leurs père et mère *décédés* et non sur les biens que leurs père ou mère peuvent avoir eu de *leur vivant* et dont ils ont disposé déjà.

A ces raisons on peut répondre : l'article 757 fixe les droits des enfants naturels *par comparaison à ceux des enfants légitimes ;* il faut donc aussi reconnaître à l'enfant naturel une réserve, ou au moins un droit analogue à la réserve. De plus, l'article 761, qui permet au père de l'enfant naturel de le réduire à la moitié de sa part, ne lui permet pas de le priver tout à fait de toute participation à sa succession. (*Contrà,* Laurent, t. XII, n° 40.)

1781. Quant à la *quotité de la réserve* de l'enfant naturel, il y a plusieurs systèmes. Le plus rationnel et le plus généralement adopté est celui qui la détermine, comparativement à la réserve qu'il aurait eue s'il eût été enfant légitime, d'après les mêmes règles que son droit à la succession entière. Les droits de l'enfant naturel sont une *fraction* des droits qu'il aurait eus s'il avait été légitime; c'est-à-dire un tiers de ces droits s'il concourt avec les enfants légitimes; la moitié s'il concourt avec des ascendants ou frères et sœurs ou des descendants d'eux; les trois quarts s'il concourt avec de simples collatéraux; et la totalité de la succession s'il n'existe pas de parents légitimes au degré successible. La réserve de l'enfant légitime, c'est la fraction de la *succession totale* indiquée dans l'article 913; la réserve de l'enfant naturel, c'est la *même* fraction des quotités indiquées dans l'article 757. La réserve sera donc :

1/9 de la succession si le défunt a laissé *un* enfant légitime;

1/12 s'il en a laissé *deux;*

1/16 s'il en a laissé *trois ;*

1/4 s'il est seul en concours avec des ascendants ou des frères et sœurs;

3/8 s'il est seul en concours avec les collatéraux;

1/2 s'il n'existe pas de parents légitimes.

Si, à défaut d'ascendants, il existait des frères et sœurs exclus par un légataire universel, l'enfant naturel n'aurait que la même portion qu'il aurait eue si les frères et sœurs étaient venus au partage, c'est-à-dire un quart à titre de réserve. La part de l'enfant naturel doit se déterminer d'après la qualité des héritiers existant au moment du décès du défunt. Autrement on pourrait facilement éluder l'article 908 par le moyen d'une disposition testamentaire. (Voy. Zachariæ, § 686.)

On suit le même procédé de calcul s'il y a plusieurs enfants naturels.

La réserve de l'enfant naturel a le même caractère que celle des enfants légitimes; elle porte sur tous les biens de la succession, et lui donne le droit d'attaquer les donations entre-vifs.

1782. Les père et mère de l'enfant naturel n'ont pas droit à la réserve. On ne saurait fonder ce droit sur aucune disposition du code, ni indiquer aucune base pour en fixer le montant. (Lau-

rent, t. XII, n° 53; Cass. fr. 12 décembre 1865, D., 1865, 1, 457; Bourges, 18 décembre 1871, D., 1872, 5, 429. En sens *contraire* : Cass. fr., 3 mars 1846, D., 1846, 1, 87; Pau, 27 février 1856, D., 1859, 2, 194.)

III. DE QUELQUES DISPOSITIONS PARTICULIÈRES A TITRE GRATUIT (art. 917, 918).

A. *De la libéralité qui a pour objet un usufruit.*

1783. La réserve doit être laissée entière en pleine propriété; elle ne peut être grevée d'aucune condition, d'aucune charge. Il pourrait cependant arriver que le testateur, en laissant la *totalité* de ses biens à ses enfants, en eût grevé d'un usufruit ou d'une rente une quotité dépassant la quotité disponible; ou bien qu'il eût donné à un étranger une quotité de nue propriété excédant la quotité disponible, mais en laissant à ses enfants l'usufruit de la totalité de ses biens. Ces deux hypothèses avaient donné lieu à de grandes controverses parmi les anciens jurisconsultes des deux législations, écrite et coutumière. Lebrun avait posé la question en ces termes : « Un père ne peut-il pas récompenser son fils en usufruit de ce qu'il lui ôte de sa légitime en propriété, ou le récompenser en propriété de ce qu'il lui ôte en usufruit? »

Si le défunt avait laissé à l'héritier le choix d'exécuter la disposition ou d'être réduit à sa réserve, ce dernier pouvait faire cette option. Dans le cas où l'option ne lui avait pas été déférée, il pouvait, suivant quelques jurisconsultes, réclamer sa légitime en pleine propriété, et en outre l'excédant en usufruit ou en nue propriété que le défunt lui avait laissé. Selon d'autres, l'héritier devait exécuter la disposition parce que ce que le défunt lui avait donné, soit en propriété, soit en usufruit, au delà de la quotité disponible, formait pour lui une compensation. D'autres lui accordaient toujours l'option, quand même le testateur ne la lui avait pas conférée. (Demolombe, nos 432-434.)

1784. Les auteurs du code ont voulu mettre un terme à ces incertitudes par l'article 917, ainsi conçu : « Si la disposition par acte entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les hé-

ritiers, au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. »

Dans l'hypothèse de cet article, on ne sait pas, au moment du décès, si la quotité disponible a été dépassée ou non. Cela dépend de la valeur que l'on peut donner à l'usufruit ou à la rente viagère, laquelle est incertaine, puisqu'elle dépend de la vie du légataire ou du donataire. Au lieu d'admettre une estimation incertaine et aléatoire, fondée sur l'âge, la santé, le sexe du légataire, la loi accorde aux réservataires l'option d'exécuter la disposition, ou d'abandonner la *quotité disponible en toute propriété*.

1785. Malgré cette disposition, le législateur n'a pas évité, dans tous les cas, la nécessité de faire une évaluation du droit viager. Cette évaluation n'est pas nécessaire tant que le débat s'agite entre l'héritier réservataire et le légataire; l'option de l'héritier la rend superflue. Mais il y a des cas dans lesquels il faut nécessairement apprécier la valeur du droit viager et, au besoin, le réduire (art. 1970). C'est ce qui a lieu.:

1° Dans le cas de l'article 926, lorsqu'il faut réduire les legs au marc le franc. Le débat existe alors entre le légataire usufruitier et les autres légataires ou donataires;

2° Entre le donataire du droit viager et un donataire ou légataire postérieur (art. 923). Pour savoir si la libéralité postérieure doit être réduite, il faut connaître la valeur de la libéralité antérieure;

3° Si la rente ou l'usufruit a été constitué au profit d'une personne capable de recevoir seulement dans certaines limites, par exemple de l'enfant naturel (art. 908), il faut l'évaluer pour constater si l'incapable n'a pas reçu au delà de ce qu'il peut recevoir.

L'évaluation doit alors être faite d'après les éléments indiqués au numéro précédent, et il ne faut pas prendre pour base l'article 14, n° 11, de la loi du 22 frimaire an VII, établi uniquement pour la perception du droit d'enregistrement, et qui évalue l'usufruit à la moitié de la valeur en pleine propriété des biens sur lesquels il est constitué. (Fr. 68, pr., D., *ad legem Falcidiam*, 35, 2; Bruxelles, 11 mai 1868, P., 1868, 245. *Contrà*, Bruxelles,

9 mars 1868, P., 1869, 273, qui admet que l'on puisse prendre pour base la loi de frimaire.)

1786. La rédaction de l'article 917 n'est pas tout à fait exacte. Les mots : SI LA VALEUR *du droit d'usufruit ou de la rente viagère excède la quotité disponible* doivent être entendus en ce sens : si l'usufruit ou la rente viagère est établie sur une valeur ou sur une partie des biens, ou sur un capital, *dépassant la quotité disponible :* par exemple, la réserve est de moitié; le testateur a donné un legs de l'usufruit des trois quarts des biens. Car autrement la disposition serait inutile et injuste : inutile, puisque, pour établir que la valeur de l'usufruit ou de la rente excède la quotité disponible, il faudrait précisément entrer dans les calculs que la loi veut empêcher; injuste, parce que, une fois qu'il aurait été *constaté* que la valeur de la quotité disponible a été dépassée, il n'y aurait plus de raison de ne pas admettre la réduction pure et simple.

1787. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers réservataires, chacun d'eux peut exercer l'option individuellement pour sa part et portion (arg. art. 1220). Il n'y a pas lieu de faire ici l'application des articles 1670 et 1685 du code, proposée par Duranton. La loi ne la prescrit pas et la position de l'acquéreur à titre onéreux, dont parlent ces deux articles, diffère beaucoup de celle des légataires qui acquièrent à titre gratuit. (Demolombe, n° 454; Zachariæ, § 684 *bis*, note 4.)

1788. L'article 917 prévoit seulement le cas où la disposition est *d'un usufruit ou d'une rente viagère,* excédant la quotité disponible, tandis que la nue propriété a été laissée au réservataire.

Mais faudrait-il suivre la même règle dans le cas où l'héritier réservataire aurait été récompensé en usufruit de ce qui lui a été enlevé en propriété : par exemple, le défunt ayant un enfant lui a laissé le tiers de ses biens en pleine propriété et les deux tiers en usufruit?

Nous croyons, à cause de l'esprit de la loi et du but que le législateur s'est proposé, qu'il faut également appliquer l'article 917 et laisser au réservataire l'option. (Voy. Demolombe, n°s 466-472; Dijon, 10 décembre 1873, D., 1874, 5, 379. En sens *contraire :* Caen, 17 mars 1858, D., 1858, 2, 97 et la note, et Angers, 15 février 1867, D., 1867, 2, 32; Laurent, t. XII, n° 57.)

B. *De l'aliénation à fonds perdu* (art. 918.)

1789. Une aliénation est appelée *à fonds perdu* lorsque l'aliénateur reçoit comme équivalent une prestation *viagère* qui s'éteint avec sa vie ou avec la vie d'une autre personne. Le fonds est *perdu* parce que la valeur de l'objet aliéné ne se trouve plus dans le patrimoine du vendeur. L'aliénation *à fonds perdu* est le *genre;* les ventes à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit en sont des espèces.

Anciennement ces aliénations étaient régies par le droit commun; elles n'étaient pas légalement présumées faites à titre gratuit. Mais elles donnaient souvent lieu à des procès par cela même qu'elles pouvaient facilement déguiser des libéralités. Les tribunaux s'attachaient alors à vérifier si elles étaient frauduleuses ou faites de bonne foi, et ils s'y trompaient rarement, dit Portalis (Locré, p. 176-177).

La loi du 17 nivôse an II considérait de plein droit ce genre de contrats comme renfermant une libéralité déguisée, et comme la même loi défendait de donner la quotité disponible à un des successibles, elle devait naturellement les interdire, ce qu'elle fit dans son article 26 dont l'alinéa 1er est ainsi conçu : « Toutes donations à charge de rentes viagères, ou ventes à fonds perdu, en ligne directe ou collatérale, à l'un des héritiers présomptifs ou à ses descendants, sont interdites, à moins que les parents du degré de l'acquéreur ou de degrés plus prochains n'y interviennent et n'y consentent. »

Le second alinéa annule rétroactivement toutes les aliénations de ce genre faites sans le concours des parents depuis le 14 juillet 1789.

Les auteurs du code ayant permis de donner la quotité disponible à un des successibles, ils n'avaient plus de raison de maintenir la prohibition prononcée par l'article 26 de la loi de nivôse.

Mais l'expérience a démontré que le plus souvent ces aliénations ne sont, en réalité, que de véritables donations, parce que, si elles interviennent entre une personne et ses successibles, ordinairement les arrérages de la rente viagère ou le prix de la

nue propriété ne sont pas payés à l'aliénateur, malgré les quittances qu'il en donne. Ce résultat de l'expérience est devenu une présomption légale absolue (*juris et de jure*) qui n'admet pas la preuve contraire. La loi admet la validité de la donation comme mode de *transmission de la propriété*, mais la *valeur* doit en être imputée sur la quotité disponible, sans égard aux prestations réellement servies. Par ce parti mitoyen, elle a cherché à concilier tous les intérêts, ceux de l'acquéreur et ceux de ses cohéritiers. (Jaubert, Rapport au Tribunat, n° 37 ; Locré, p. 454.)

Un autre motif, qui a sans doute déterminé l'article 918, c'est la grande difficulté d'évaluer les droits viagers, le même qui a inspiré au législateur l'article 917. En supposant même que le prix de l'aliénation a été sérieux, il est difficile de dire, à cause de son caractère aléatoire même, jusqu'à quel point l'aliénation a été à titre onéreux.

1790. L'article 918 porte : « La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible ; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale. »

Comme le texte de l'article le prouve, il faut la réunion de *deux* conditions pour que l'aliénation soit présumée constituer une libéralité : 1° la *qualité des parties* entre lesquelles elle a eu lieu ; 2° le caractère de l'*aliénation même*. Si l'une de ces deux conditions manque, l'article 918 n'est pas applicable.

1° Il faut que la vente ait été faite à un des *successibles* en ligne *directe*, c'est-à-dire en ligne ascendante ou descendante. Donc, l'aliénation à fonds perdu faite entre parents collatéraux ou entre personnes étrangères l'une à l'autre n'est pas réputée être une libéralité, c'est une convention aléatoire à titre onéreux régie par le droit commun (Cass. fr., 27 juillet 1869, D. 1870, 1, 113.) Il en est de même dans le cas où l'acquéreur ne recueille pas la succession du vendeur, soit parce qu'il y renonce; soit parce qu'il est décédé avant ce dernier.

Pour que l'aliénation soit réputée gratuite, il faut que l'acqué-

reur ait été successible déjà au moment où l'acte a été passé; il ne suffit pas qu'il ait été successible seulement au moment de l'ouverture de la succession. Ainsi la vente à fonds perdu, consentie par quelqu'un ayant des enfants au moment de l'acte, au profit de son père, ne serait pas présumée être une libéralité si ses enfants venaient à décéder et que le père de l'aliénateur vînt à sa succession en concours avec des ascendants de la ligne maternelle. Il faut bien remarquer que l'article 918 ne dit pas, comme le disent les articles 846 et 847, *successible au jour de l'ouverture de la succession*. De plus, les motifs de l'article 918 ne s'appliquent pas à cette hypothèse. (Marcadé, art. 918, n° II.)

1791. 2° Il faut que la vente ait été faite à *fonds perdu*. Donc, l'article est inapplicable si la vente a eu lieu moyennant une rente perpétuelle, car le droit à la rente perpétuelle est une valeur ou un capital qui se trouve dans la succession; il n'est pas perdu.

Il y a controverse dans le cas où l'aliénation a été faite tout à la fois moyennant une rente viagère et un prix fixé en capital. Les uns repoussent alors l'application de notre article; les autres l'appliquent complétement; d'autres, sauf le droit de l'acquéreur de se faire restituer le capital payé.

Il est plus juste de voir dans cet acte une opération mixte. C'est une aliénation faite en partie moyennant un capital, donc à titre onéreux, et en partie à fonds perdu. Pour cette dernière partie, elle sera réputée faite à titre gratuit. (Demolombe, n° 502.) Cette interprétation est la plus conforme au texte de l'article 918 et à l'équité, et elle ne présente pas de difficulté dans l'application. Supposons qu'un immeuble valant 100,000 francs a été vendu à un successible pour la somme de 40,000 francs et une rente viagère de 5,000 francs. Il payera les 40,000 francs à la succession, et les 60,000 francs, surplus de la valeur, seront imputés sur la quotité disponible. (Liége, 11 janvier 1860, P. 1862, 379.)

1792. Si les deux conditions ci-dessus indiquées sont réunies, il y a une présomption *juris et de jure* que l'aliénation tout entière a été faite à titre gratuit : la « *valeur en pleine propriété* », dit la loi. L'acquéreur est présumé n'avoir pas payé la rente viagère ni le prix de la nue propriété. Il ne serait donc pas recevable à prouver qu'il avait effectivement fait ces payements ni à

en demander la restitution, s'ils avaient été réellement faits. (Bruxelles, 19 février 1876, P. 1878, 143 et les notes.)

Mais, pour établir une espèce de compensation du préjudice que le successible éprouverait dans cette dernière hypothèse, la loi présume que la donation a été faite *par préciput*, *avec dispense de rapport*. La valeur des biens donnés est imputée sur la *quotité disponible*, c'est à-dire, le successible la conserve à titre de *préciput* jusqu'à concurrence de la quotité disponible. C'est un cas dans lequel la dispense du rapport ne doit pas être *expresse*. (Voy. *suprà*, nos 1519, 1548.) Pour fixer la *valeur* il faut s'attacher à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 922).

Quant à l'*excédant* de la quotité disponible, il sera *rapporté* à la masse. C'est bien un *véritable rapport* que la loi impose, et non seulement une *réduction*, comme le prétendent quelques auteurs. Cette disposition doit être ainsi entendue : si la donation excède la quotité disponible et la portion héréditaire réunies, il y a évidemment lieu à *réduction*. Mais alors même que la valeur des biens aliénés ne dépasserait pas le montant de ces deux quotités réunies, l'excédant de la quotité disponible serait soumis au rapport, conformément aux principes sur cette matière; car, d'après la présomption légale, c'est une *libéralité*. Toutefois, s'il y a, dans la succession, des biens de la même nature, le successible peut retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartient comme héritier (art. 924); et, dans tous les cas, il peut demander l'application de l'article 866. (Voy. *suprà*, n° 1563.) La question est controversée. (Demolombe, nos 523, 524.)

1793. Bien que l'expérience ait démontré que les aliénations à fonds perdu sont des donations, dans certains cas elles peuvent être sincères et constituer de véritables actes à titre onéreux. L'aliénateur peut avoir un intérêt à vendre à fonds perdu pour se procurer des moyens d'existence, et il serait obligé alors de vendre ses biens plutôt à des étrangers qu'à ses enfants si la présomption de la loi était inflexible.

La présomption de gratuité cesse et l'imputation sur la quotité disponible n'a pas lieu si les autres successibles en ligne directe *ont consenti à l'aliénation*, laquelle, dans ce cas, est présumée être réellement faite *à titre onéreux*. La loi déroge ici aux règles des articles 791 et 1130; car ce consentement des successi-

bles constitue une stipulation sur une succession non ouverte.

Si *quelques-uns* des successibles seulement ont consenti à l'aliénation, ceux qui n'ont pas consenti conservent tous leurs droits; l'aliénation sera considérée comme onéreuse à l'égard des premiers, comme gratuite à l'égard de ces derniers.

1794. Mais le consentement donné par tous les successibles *existant au moment de l'aliénation* rendrait-il non recevables à se prévaloir de l'article 918 ceux qui seraient nés postérieurement à l'aliénation? La question était affirmativement décidée par le texte de l'article 26 de la loi du 17 nivôse an II, d'après lequel l'aliénation ne pouvait plus être attaquée si les *parents du degré de l'acquéreur ou de degrés plus prochains* y étaient intervenus et y avaient consenti.

Mais le code se sert du mot *successibles*, et pour ce motif il faut adopter aujourd'hui une solution contraire. Tous ceux qui viennent à la succession sont des *successibles*, et le texte formel de la loi n'enlève le droit de demander l'imputation et le rapport qu'*à* CEUX *des autres successibles* qui auraient *consenti* à ces aliénations. De plus, l'article 918 a été fait dans l'intérêt des héritiers *réservataires;* il a pour but d'empêcher que par ce genre d'aliénation ils ne soient frustrés de leur légitime. Le législateur a la même sollicitude pour tous les réservataires, sans distinguer entre ceux qui existaient déjà à l'époque de l'aliénation et ceux qui sont nés après. (Troplong, n° 853; Zachariæ, § 694 *ter*, note 10; Demolombe, n°s 526-528; Laurent, t. XII, n° 131.) La jurisprudence s'est aussi prononcée en ce sens; mais la question reste controversée. (Liége, 11 janvier 1860, P., 1862, 379.)

1795. La fin de l'article 918 porte que cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés, dans aucun cas, par les *successibles en ligne collatérale*. Cette disposition est une conséquence de l'abolition de la loi du 17 nivôse an II, laquelle attribuait une réserve aux héritiers collatéraux. Sous le code, ils n'ont plus de réserve, donc, à leur égard il n'y a plus de quotité *indisponible;* il est donc évident qu'ils ne peuvent pas demander l'imputation de la valeur en pleine propriété sur la quotité disponible. « Comment pourraient-ils venir attaquer des aliénations qui ne les privent d'aucun droit acquis? » dit Jaubert. (Rapport au Tribunat, n° 37, Locré, p. 455.)

Toutefois la disposition n'est pas dénuée de toute utilité, comme le prétendent quelques auteurs. Elle est inutile, sans doute, en ce qui concerne l'*imputation*. Mais si elle n'existait pas, on pourrait se demander si l'aliénation à fonds perdu ne doit pas être considérée, même entre parents collatéraux, comme une libéralité, et si, *à ce titre*, elle n'est pas soumise au rapport? La loi résout ces questions négativement.

SECTION II.

DE LA RÉDUCTION DES DONATIONS ET LEGS (art. 920-930).

I. DÉFINITION DE LA RÉDUCTION.

1796. Les dispositions à titre gratuit qui excèdent la quotité disponible ne sont pas *nulles*, mais *réductibles*. « Les dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession » (art. 920).

L'action en réduction ou en retranchement est l'action par laquelle les héritiers réservataires peuvent faire déclarer inefficaces, jusqu'à concurrence du montant de la réserve, les dispositions entre-vifs ou testamentaires qui excèdent la quotité disponible. Elle est la sanction de la légitime. C'est une *pétition* d'hérédité partielle. (Voy. *suprà*, n° 1650.)

II. DE L'OUVERTURE DE L'ACTION EN RÉDUCTION.

1797. Elle s'ouvre au moment où s'ouvre le droit à la réserve, c'est-à-dire au moment du décès du testateur (art. 920). C'est donc à *ce* moment et non à celui *où la disposition a été faite* qu'il faut avoir égard pour fixer le *montant* de la réserve d'après le nombre des héritiers et la fortune du disposant, ainsi que la proportion entre sa fortune et les biens dont il a pu disposer. Ainsi, il est possible qu'une libéralité soit réductible au moment du décès, tandis qu'elle ne l'aurait pas été au moment de la donation, et *vice versâ*. Par exemple, quelqu'un ayant un enfant

et un patrimoine de 100,000 francs fait une donation entre-vifs de 50,000 francs. Elle n'excède pas la quotité disponible en ce moment. Mais il meurt en laissant deux enfants; la quotité disponible n'étant plus que du tiers, la donation est réductible au tiers du patrimoine, donc 33,333 francs. Ou bien, une personne ayant trois enfants et une fortune de 100,000 francs fait une donation entre-vifs de 12,000 francs. Par suite de revers de fortune, il ne laisse à son décès que 40,000 francs, y compris les 12,000 francs déjà donnés. La donation est réductible à 10,000 francs.

De ce que le droit à la réserve est un véritable droit de succession, il suit que l'héritier ne peut y renoncer avant l'ouverture de la succession.

III DES PERSONNES AUXQUELLES APPARTIENT L'ACTION EN RÉDUCTION.

1798. L'action en réduction n'appartient qu'aux personnes au profit desquelles la loi établit *une réserve*, donc elle appartient aux héritiers réservataires et à leurs ayants cause, c'est-à-dire à leurs héritiers, leurs cessionnaires ou leurs propres créanciers, à ces derniers en vertu de l'article 1166 (art. 921). C'est simplement *énonciativement* et non *restrictivement* que l'article 921 ne parle que de la réduction des donations *entre-vifs* au profit des héritiers; mais ils peuvent sans aucun doute aussi demander la réduction des legs (art. 925 et suiv.). S'il ne fait mention que des donations entre-vifs, c'est pour établir une différence entre les *héritiers et leurs ayants cause* d'une part et les *créanciers de la succession* de l'autre. Ces derniers ne peuvent demander que la réduction des *legs*, et non celle des donations entre-vifs, tandis que les premiers peuvent demander la réduction des unes comme des autres.

1799. Les héritiers réservataires, en demandant la réduction, n'agissent pas du chef du défunt et comme ses représentants, mais en vertu d'un droit qui leur *est propre* et qu'ils reçoivent directement de la loi. Car, comme *représentants* du défunt, ils auraient été liés par ses faits; et comme lui-même n'aurait pas pu attaquer ses donations, ses héritiers ne le pourraient pas davantage. (Cass. fr., 5 mars 1867, D. 1868, 1, 70.)

1800. On se demande si l'héritier qui a accepté la succession purement et simplement peut demander la réduction aussi bien que l'héritier bénéficiaire?

Pour l'opinion négative, on dit que l'acceptation pure et simple rend l'héritier débiteur personnel des dettes et charges de la succession, et par conséquent aussi des legs et de la garantie des donations. Le défunt n'aurait pas pu évincer le donataire; l'héritier ne le peut pas non plus.

L'opinion contraire doit prévaloir. Car la loi ne soumet pas l'exercice de la réduction à la condition d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, ni même à la condition d'avoir fait un inventaire. (Laurent, t. XII, n° 138; Brux., 11 mai 1868, P., 1868, 245; Cass. fr., 19 mars 1878, D., 1878, 1, 218.)

Ensuite, la distinction établie par les partisans de l'avis contraire manque de toute base juridique. Car quel est l'effet du bénéfice d'inventaire? C'est de donner à l'héritier l'avantage de n'être tenu des obligations de la succession que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille. Mais les biens qui sont l'objet de la donation attaquée font aussi *partie de la succession qu'il recueille;* donc, le bénéfice d'inventaire serait inopérant pour les dégrever des obligations du défunt. On a donc raison de dire que si le motif pour lequel l'héritier pur et simple ne peut pas demander la réduction était vrai, l'héritier bénéficiaire lui-même ne pourrait pas agir en réduction.

Le défunt n'a jamais pu contracter envers le donataire l'obligation personnelle de le garantir contre l'action en réduction, parce que cette obligation aurait violé un droit que la loi assure à l'héritier réservataire. (Voy., en ce sens, Bruxelles, 11 mai 1868, B. J., t. 26, 1105 et la note.)

1801. D'après ce qui précède, le droit de demander la réduction n'appartient pas :

1° Aux donataires et aux légataires du défunt;

2° Aux créanciers du défunt.

Ces personnes non-seulement ne peuvent pas *demander* la réduction, mais elles ne peuvent pas non plus en *profiter* lorsqu'elle aurait été demandée par un héritier qui y avait droit (art. 921).

Après une longue discussion sur la question de savoir si du moins les *créanciers* du défunt pourraient exercer leurs droits sur

les biens recouvrés par cette réduction, le conseil d'État décida que les créanciers de la succession pourraient exercer leur action sur les biens que la réduction aurait rendus au légitimaire. Mais, sur la proposition du Tribunat, cette décision a été rapportée et remplacée par celle de l'article 921. (Séance du conseil d'État du 5 ventôse an XI (24 février 1803), n[os] 9 et 10; observations du Tribunat, n° 31; Faure, Disc., n° 5, Locré, p. 182-196, 310, 498.)

Les motifs de cette disposition sont les mêmes que ceux pour lesquels les créanciers ne peuvent demander le rapport ni en profiter. (Voy. *suprà,* n° 1530.)

Il peut donc arriver que l'héritier réservataire d'une personne morte insolvable acquière une quantité considérable de biens aliénés par donation entre-vifs, tandis que les créanciers du défunt ne seront pas payés. Mais ce résultat n'est pas contraire au droit ni à l'équité pour les raisons indiquées au n° 1530.

Si les créanciers du défunt demandent la séparation des patrimoines, les biens qui font l'objet de la réduction ne rentrent pas dans la masse de la succession sur laquelle ils peuvent poursuivre leur payement.

1802. Les créanciers *personnels* de l'héritier réservataire peuvent demander la réduction au nom de ce dernier, en vertu de l'article 1166 (n° 1798). De là il résulte que si l'héritier a accepté la succession *purement et simplement, sans* bénéfice d'inventaire, il est devenu débiteur pur et simple de toutes les dettes de la succession, et que les créanciers du défunt peuvent aussi attaquer les biens qu'il reprend par suite de la réduction, de même que dans le cas de rapport. (Voy. *suprà,* n° 1531.)

1803. L'article 921 ne s'applique qu'à la réduction des donations entre-vifs, et non aux legs. Les créanciers du défunt peuvent toujours demander la réduction des legs. *Bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno. Nemo liberalis nisi liberatus.*

IV. DES RÈGLES A SUIVRE POUR CONSTATER SI LA RÉSERVE A ÉTÉ ENTAMÉE.

1804. La réserve est une portion des biens que le défunt eût laissés *s'il n'eût pas fait de libéralités.* Il faut donc établir la masse

de ces biens, telle qu'elle aurait été *sans* les libéralités faites par le défunt et fixer la réserve d'après le nombre et la qualité des héritiers. Si la valeur des biens *dont le défunt n'a pas disposé* est égale ou *supérieure* à la réserve, les libéralités seront maintenues; si cette valeur est *inférieure* à la réserve, il y a lieu à réduction.

Il faut donc d'abord former *une masse* de tous les biens dont le défunt *a disposé* et des biens existants, c'est-à-dire *dont il n'a* pas disposé, en déduire les dettes et fixer ainsi la réserve. Cette règle est formulée en ces termes par l'article 922 : « La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou du testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. »

A. *De la composition de la masse sur laquelle s'exerce la quotité disponible et de l'estimation des biens.*

1805. La masse sur laquelle s'exerce la quotité disponible se compose : 1° des biens *existants au décès du testateur;* 2° de ceux dont il a été *disposé entre-vifs.*

1806. 1° De la masse des biens *existants au décès du testateur*. Elle comprend tous les biens meubles et immeubles, corporels et incorporels, aussi les créances dues par les héritiers réservataires, peu importe qu'ils aient accepté la succession purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. Cette circonstance ne doit pas influer sur le calcul de la réserve.

Cette masse comprend aussi les biens dont le défunt a disposé par testament.

L'estimation de ces biens se fait d'après *leur état* et *leur valeur* au moment du décès.

Quant aux créances douteuses et aux créances conditionnelles, on peut, ou bien les estimer d'après leur *valeur vénale,* ou bien les parties peuvent les comprendre dans la masse pour leur valeur nominale, sauf aux donataires et aux légataires à fournir caution pour le montant de ces créances; ou bien on peut *ne pas*

les comprendre dans la masse, sauf aux héritiers à en tenir compte aux donataires et légataires, dans le cas où elles seraient payées.

1807. 2° De la masse des biens *dont il a été disposé entre-vifs.* On les réunit *fictivement* à la masse des autres biens, comme s'ils n'avaient jamais cessé de faire partie du patrimoine du défunt. *Tous* les biens généralement quelconques qui ont été objet d'une libéralité y sont réunis, sans distinction entre les libéralités faites à des étrangers ou à des cohéritiers réservataires ou non réservataires, en avancement d'hoirie ou par préciput, entre les libéralités déguisées ou ouvertes, faites par acte authentique ou sous forme d'un don manuel, faites par contrat de mariage, par partage d'ascendants, sous forme de remise d'une dette ou autrement.

Ces biens doivent être estimés d'après leur *état matériel* au moment de la donation et d'après leur *valeur* au moment du décès, abstraction faite des augmentations et diminutions provenant du fait du donataire ou de ses ayants cause, mais en tenant compte des améliorations ou détériorations provenant du cas fortuit ou d'autres causes. On les estime comme s'ils n'étaient pas sortis du patrimoine du donateur. Un changement de la valeur des biens survenu dans l'intervalle entre le décès du donateur et le jour de l'estimation n'exerce aucune influence sur le calcul de la réserve. Mais la valeur des biens donnés qui doivent être fictivement réunis à la masse héréditaire, doit être réduite du montant des sommes payées par le donataire au donateur, en exécution des conditions imposées aux libéralités. (Cass. fr., 27 nov. 1877, D., 1878, 1, 16.)

Cette règle s'applique aux meubles comme aux immeubles ; l'article 922 ne distingue pas. Il y a donc, à cet égard, entre le cas du rapport et celui de la réduction une différence que la loi établit formellement, mais dont il est assez difficile de donner une bonne raison. Au conseil d'État, Tronchet avait proposé d'estimer les meubles d'après la valeur qu'ils avaient à l'époque de la donation, comme en cas de rapport. (Voy. *suprà,* n[os] 1564-1566.) Mais sa proposition ne fut pas adoptée. Pour l'écarter, Bigot-Préameneu fit valoir que le donataire *rapporte* pour rendre les parts égales entre tous les copartageants, tandis que la réduction n'a lieu que pour compléter la légitime ; que le donataire

sait qu'il doit rapporter, et qu'en recevant le don il contracte une dette, tandis qu'il ne prévoit pas la réduction, puisqu'il doit croire plutôt que la donation est dans de justes limites; qu'il faut donc le traiter avec plus d'égards. (Séance du conseil d'État du 12 ventôse an XI (3 mars 1803), n° 2, Locré, p. 199.)

Il résulte des règles qui précèdent que les meubles et immeubles qui ont péri au moment du décès du donateur n'entrent pas dans la masse, parce qu'ils n'ont aucune valeur. En matière de rapport, cette règle ne s'applique qu'aux immeubles (art. 855 et *suprà*, n° 1556).

B. *De la déduction des dettes.*

1808. Lorsque la masse des biens est composée conformément aux règles des deux numéros précédents, on en déduit les dettes de la succession, et on calcule, sur ce qui reste, quelle est la quotité dont le défunt a pu disposer (art. 922, alin. 3).

Ce procédé peut être suivi à la lettre, dans le cas où les dettes ne dépassent pas les biens existants au moment du décès. Par exemple : A a un fils, et il laisse 6,000 francs de biens. Il a fait une donation de 4,000 francs; la succession est grevée de 4,000 francs de dettes. La masse totale est donc de 10,000 francs. On déduit les dettes de la masse de tous les biens; il reste un actif de 6,000 francs. La quotité disponible est de 3,000 francs. La donation doit donc être réduite à 3,000 francs.

Mais ce procédé ne peut pas être suivi dans le cas où les dettes dépassent la quantité de biens existants au décès. Alors la réserve ne doit être calculée que sur la masse des *biens donnés entre-vifs*, et non sur la masse totale. Autrement le calcul aurait pour résultat de diminuer la quotité disponible, au préjudice des donataires. Un exemple prouvera l'exactitude de notre thèse. A a un fils et il laisse 6,000 francs de biens et 8,000 francs de dettes. De son vivant il a fait une donation de 6,000 francs. D'après la lettre du code, la masse totale serait de 12,000 francs; déduction faite de 8,000 francs de dettes, il resterait 4,000 francs. La quotité disponible serait de 2,000 francs, qui resteraient aux donataires. Ce calcul serait inexact. Car, supposons que les 8,000 francs soient *effectivement* payés sur les deux masses réu-

nies; ce serait une violation de l'article 921, d'après lequel les créanciers du défunt ne peuvent demander la réduction des donations ni en profiter. Sur les 6,000 francs *donnés* rien ne sera donc payé aux créanciers; d'un autre côté, l'héritier réservataire ne peut pas, dans le but de diminuer l'actif de la masse et par conséquent le *quantum* de la quotité disponible, faire état de dettes qu'il ne paye pas et qui, par cela même, ne *diminuent pas la masse des biens*. Il ne peut donc pas dire que l'état effectif de la succession est de 4,000 francs seulement et la quotité disponible de 2,000 francs, alors que l'actif réel, consistant exclusivement dans les biens dont il a été disposé, est de 6,000 francs.

Il faut donc calculer de la manière suivante : les 6,000 francs restant sont absorbés par les dettes, lesquelles ne peuvent plus atteindre les 6,000 francs donnés; ces derniers forment la masse effective sur laquelle on calcule la quotité disponible. Elle est de la moitié, puisqu'il n'y a qu'un enfant. Donc, l'héritier réservataire prendra 3,000 francs, et les donataires conserveront les autres 3,000 francs. (Mourlon, p. 268-269.)

La lacune que laisse la rédaction de l'article 922 provient de ce que le code a eu en vue le cas le plus fréquent, celui où l'actif de la succession excède son passif. (Laurent, t. XII, n° 102.)

C. *Des libéralités qui s'imputent sur la quotité disponible.*

1809. Lorsque la quotité disponible a été établie par le calcul fait conformément aux n°s 1804-1808, il faut examiner si le défunt l'a épuisée ou non par ses libéralités. Pour décider cette question, il faut d'abord déterminer quelles libéralités doivent être imputées sur la quotité disponible et quelles libéralités doivent être imputées sur la réserve des héritiers; ces dernières laissent intacte la quotité disponible.

1810. Il faut imputer sur la *quotité disponible* :

1° Toutes les libéralités quelconques faites par donation entre-vifs ou par testament à des étrangers non parents du défunt, ou à des parents qui ne sont pas successibles. Cela est évident, puisqu'ils n'ont pas de réserve;

2° Les libéralités faites même à titre d'avancement d'hoirie à un successible qui renonce à la succession, pour le même motif

(voy. *suprà*, n° 1520, 1765, 1766; Nancy, 30 mai 1868, D., 1868, 2, 121 et Cass. fr., 10 novembre 1869, D., 1870, 1, 209);

3° Les donations faites, même à titre d'avancement d'hoirie à un parent héritier présomptif au moment de la donation, mais mort lors de l'ouverture de la succession sans enfants qui le représentent; encore pour la même raison;

4° Les libéralités faites à celui dont le fils vient de son propre chef et sans représentation à la succession du donateur seront imputées sur la quotité disponible (voy. *suprà*, n° 1525, et les arrêts cités sous le n° 2 ci-dessus);

5° Toutes les libéralités faites à un successible par préciput ou avec dispense de rapport (Dijon, 10 avril 1867; D., 1867, 2, 228);

6° Donc, pour la même raison, la valeur en pleine propriété des biens aliénés à fonds perdu à l'un des successibles en ligne directe. (Voy. art. 918 et *suprà*, n° 1790.)

1811. Les donations faites, même par avancement d'hoirie, à un des successibles s'imputent sur la réserve et non sur la quotité disponible. Car, ce que le successible a reçu, il l'a reçu en qualité d'héritier, et il le doit *rapporter* à la *succession*. C'est en qualité d'héritier qu'il prend sa réserve, c'est-à-dire qu'il reprend ce qu'il a rapporté, ou s'il ne rapporte pas, qu'il le garde en l'imputant sur la réserve.

Cette décision est conforme à l'ancien droit et également admise par les jurisconsultes du droit coutumier et ceux du droit écrit. Sous le code, la question a été pendant quelque temps controversée, mais depuis l'arrêt de la cour de cassation de France, du 8 juillet 1826 (arrêt *Saint-Arroman*), on peut considérer la jurisprudence comme fixée; au moins s'est-elle depuis lors toujours prononcée dans le même sens. On peut en dire autant de la doctrine. (Zachariæ, § 684 *ter*, note 11; Demolombe, n°s 483-485; Laurent, t. XII, n° 108; Dijon, 10 avril 1867, D., 1867, 2, 228; Cass. fr., 22 août 1870, D., 1871, 1, 133; Grenoble, 5 janvier 1871, D., 1871, 1, 209.)

Il n'y a pas à distinguer s'il existe plusieurs héritiers ou s'il n'y en a qu'un seul.

Voici un exemple : Paul a trois enfants et il a donné à chacun de ses enfants 20,000 francs à titre d'avancement d'hoirie sans

préciput. En mourant il laisse encore effectivement dans la succession une somme de 20,000 francs. Il a fait un legs de 10,000 francs à Pierre. En réunissant les deux masses, la fortune de Paul est donc de 80,000 francs. Comment faut-il calculer la quotité disponible?

Une opinion soutenait que le patrimoine du défunt ne se composait que des *biens existants au décès*, soit de 20,000 francs; que la quotité disponible était donc de 5,000 francs et que le legs de Pierre devait être réduit à cette somme. Elle se fondait sur l'article 857, d'après lequel le légataire ne peut pas *profiter* du rapport, et il en profiterait, disait-on, si les dons faits aux trois enfants devaient être réunis à la masse; ce serait contraire à l'article 922.

L'autre système, généralement reçu, est celui-ci: les 60,000 fr. donnés à titre d'avancement d'hoirie doivent être fictivement réunis aux 20,000 francs formant la masse des biens existants au moment du décès, à l'effet de fixer la quotité disponible (art. 922). Il ne s'agit pas ici d'un rapport *réel effectif*, sur lequel le légataire viendrait *prendre* quelque chose, mais seulement d'un rapport *fictif*, nécessaire pour former la masse, sur laquelle se calcule la quotité disponible. Si, dans le même cas, les biens laissés par Paul avaient été insuffisants pour l'entière exécution du legs, l'article 857 aurait été applicable; le légataire aurait dû se contenter de ce que le testateur aurait *réellement laissé* dans la succession. C'est ce qui serait arrivé, par exemple, si dans le cas cité, le testateur avait donné à chaque enfant 25,000 francs au lieu de 20,000 francs. Alors Paul aurait dû se contenter de 5,000 francs.

1812. Il y a controverse sur la question suivante : Lorsqu'il y a plusieurs héritiers réservataires et qu'un seul d'entre eux a reçu du défunt un don en avancement d'hoirie, de quelle manière l'imputation de ce don doit-elle être faite?

Faut-il faire l'imputation sur la réserve de tous les héritiers *en masse* ou seulement sur la part de réserve de l'*héritier donataire*, de sorte que si la donation excédait cette part, l'excédant devrait être imputé sur la quotité disponible?

Par exemple : Paul a deux enfants, Pierre et Jean; il donne à Pierre, sans dispense de rapport, 45,000 francs. En mourant il

laisse dans sa succession effectivement 15,000 francs et un légataire de la quotité disponible.

A quoi le légataire a-t-il droit?

Suivant quelques auteurs, la masse des biens donnés joints aux biens existants étant de 60,000 francs, la quotité disponible est de 20,000 francs; mais comme il n'existe que 15,000 francs dans la succession, le legs de la quotité disponible sera restreint à cette somme; car, pour la compléter, il faudrait prendre ce qui manque sur les 45,000 francs donnés à Pierre; et le légataire ne le peut pas, puisqu'il n'a point droit au rapport. (Mourlon, t. II, p. 270; Demolombe, nos 488, 489.)

Selon d'autres auteurs, le légataire ne reçoit rien. Car, disent-ils, le défunt a donné 45,000 francs à Pierre. La réserve est de 20,000 francs; la donation s'impute jusqu'à concurrence de cette somme sur la réserve de Pierre exclusivement, et non sur la réserve totale de Pierre et Jean, et le restant, 25,000 fr., s'impute sur la quotité disponible. Cette quotité est donc *épuisée*, même dépassée de 5,000 francs, que Pierre doit rendre à son frère Jean; le légataire ne peut donc rien recevoir.

Cette dernière opinion est juste; la première consacrerait la révocabilité des donations et la violation du principe : *Donner et retenir ne vaut*, par suite de dispositions testamentaires. Paul ne peut, par aucun moyen, révoquer le don de 45,000 francs fait à son fils Pierre; il ne peut plus disposer de ce dont il a déjà disposé; et, s'il est vrai de dire que la donation s'est faite sous la condition de rapporter à la succession les biens donnés, et que par conséquent elle n'est pas *absolument irrévocable*, il n'est pas moins vrai que cette révocation et ce rapport n'ont lieu qu'en faveur des cohéritiers et non des légataires (*suprà*, n° 1529). Pour ces *derniers*, les 45,000 francs sont irrévocablement sortis du patrimoine du défunt, et ils n'y rentrent que *fictivement* pour calculer la quotité disponible sur la *totalité* des biens, et non-seulement sur les biens existants.

V. DE LA RÉDUCTION.

A. *De l'ordre dans lequel s'opère la réduction.*

1813. La quotité disponible étant trouvée, les libéralités qui la dépassent doivent être réduites. Dans quel ordre?

Il faut distinguer trois cas :

1814. 1° Le défunt n'a fait *que des donations entre-vifs*. D'après l'article 923 « la réduction se fera en commençant par la *dernière* donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. » (*Prior tempore potior jure*). Cette règle a été législativement consacrée par l'article 34 de l'ordonnance de 1731, après avoir été, sous l'ancien droit, pendant longtemps controversée. Plusieurs auteurs soutenaient et un arrêt du parlement de Paris du 14 mars 1675 (l'arrêt Faverolles) avait admis que la réduction devait se faire par *contribution sur toutes les donations*. (Demolombe, n° 572.)

Ce mode de réduction est une conséquence de l'*irrévocabilité* des *donations*. Si la réduction devait porter *proportionnellement* sur *toutes* les donations, comme sur les legs, le donateur pourrait, en faisant des donations nouvelles, soumettre à la révocation au moins partielle les donations antérieures, ce qui serait contraire au principe : *Donner et retenir ne vaut.*

Si plusieurs donations ont été faites le même jour, soit par le même acte, soit par actes séparés, la réduction s'opère sur toutes au marc le franc, à moins que, dans la seconde hypothèse, l'antériorité de l'heure de la donation ne soit constatée dans les deux actes, auquel cas la plus récente seule sera réduite. (Zachariæ, § 684 *ter*, n° 8.) Donc, la règle de l'article 2134 du code (81 de la loi hypothécaire belge) n'est pas applicable ici.

1815. Dans le cas où un des donataires soumis à la réduction serait insolvable, la perte qui en résulterait devrait-elle tomber sur les réservataires, sauf recours contre l'insolvable s'il vient à meilleure fortune, ou bien sur les donataires plus anciens? Par exemple : Le défunt a fait une première donation de 20,000 fr. à A; une deuxième de la même somme à B. Il ne laisse rien, et

il a un enfant. La réserve est de 20,000 francs, B est insolvable. La donation faite à A peut-elle être attaquée? Non, suivant quelques auteurs, parce que les donations qui n'ont pas dépassé la quotité disponible sont irrévocables et l'insolvabilité du donataire postérieur ne leur enlève pas ce caractère. (Mourlon, p. 273; Laurent, t. XII, n° 191. *En sens contraire*, Zachariæ, § 685 *ter*, note 9.)

Lebrun et Merlin mettent la perte à la charge des donataires antérieurs. Pothier considère les biens donnés à B comme *n'existant pas* et calcule la réserve seulement sur les biens donnés à A; de sorte qu'elle serait de 10,000 francs. (*Traité des donations*, n° 236.) Cette opinion est la plus rationnelle. (Grenoble, 5 janvier 1871, D., 1871, 2, 209.)

1816. 2° Le défunt n'a fait *que des legs.* On présume, sauf preuve contraire, que le testateur a voulu faire subir aux légataires la réduction dans la même proportion dans laquelle il les a gratifiés. Les legs ont la même date : c'est le décès du testateur, quand même ils auraient été faits dans des testaments ayant des dates différentes. La réduction se fait au marc le franc. « Lorsque les dispositions testamentaires excéderont, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre-vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers » (art. 926).

Exemple. La succession se compose de 80,000 francs. Le défunt a un enfant, et il a institué A son légataire universel; B légataire à titre universel d'un quart, et C légataire à titre particulier de 40,000 francs. S'il n'y avait pas de réservataire, C aurait 40,000 francs, B 20,000 francs, A 20,000 francs. Par la présence du réservataire, chacun est réduit à la moitié de cette somme.

Néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu; et le legs qui en sera l'objet ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale (art. 927).

Le testateur aurait suffisamment déclaré que tel legs serait acquitté de préférence aux autres, s'il avait établi une hypothèque spéciale pour la garantie de ce legs (loi hypothécaire belge, art. 44, alin. 3).

D'après l'ancien droit, la réduction était proportionnelle seulement dans le cas où tous les legs appartenaient à la même classe; mais en cas de concours de légataires universels et de légataires particuliers, la réduction portait d'abord sur les legs universels, subsidiairement sur les legs particuliers. (Demolombe, n°s 548, 549.)

1817. 3° Le défunt a fait des *donations entre-vifs et des legs.* « Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre-vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires » (art. 923, alin. 1er); et « lorsque la valeur des donations entre-vifs excédera ou égalera la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires seront caduques (art. 925).

Le motif de ce que la réduction des donations entre-vifs est seulement subsidiaire, c'est la règle : *Donner et retenir ne vaut.* Autrement le testateur aurait pu rendre les donations inefficaces par les legs. (Voy. n° 1814.)

La réduction porte aussi sur les legs avant d'atteindre les *institutions contractuelles,* parce que ces dernières, bien qu'elles soient conditionnelles, ne peuvent pas être révoquées par des libéralités postérieures (art. 1082, 1083). Entre plusieurs institutions contractuelles, la plus récente sera réduite la première.

Les donations entre époux faites pendant le mariage, quoique révocables du vivant du donateur, ne seront réduites qu'après les legs; car, l'époux donataire, par la mort du donateur, est devenu propriétaire irrévocable des biens donnés. (Zachariæ, § 685 *bis,* note 6.)

B. *Comment s'opère la réduction.*

1818. En principe, la réduction, comme le rapport, se fait *en nature;* car chaque héritier a droit à sa part en nature, et la réserve est une portion de l'hérédité. Le donataire ne peut donc pas offrir l'équivalent en argent.

Toutefois, dans plusieurs cas la réduction a lieu par le payement de valeurs équivalentes :

1° Si la donation a pour objet des *choses fongibles,* parce qu'elles sont consommées;

2° Si le donataire a aliéné les choses données (art. 930, et *infrà*, n° 1824);

3° Dans le cas de l'article 924, ainsi conçu : « Si la donation entre-vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature. » Cet article suppose que l'héritier est à la fois donataire *par préciput* (il retient alors la quotité disponible *jure donationis*) et réservataire, il retient la réserve *jure hereditario*. (Cass. fr., 5 juillet 1876, D., 1877, 1, 277.) Si la donation n'avait pas été faite par préciput, l'héritier donataire aurait été soumis au rapport. Si l'héritier était renonçant, il ne pourrait retenir que la quotité disponible. L'article 924 doit être appliqué par analogie au successible *légataire*, bien que le texte ne parle que du *donataire*. (Gand, 18 janvier 1877, P., 1878, 204.)

1819. Il n'y a pas de contradiction entre les articles 924 et 866; le premier complète le second pour le mettre en harmonie avec l'article 859. (Voy. *suprà*, n° 1563.) L'article 866 ordonne que, dans l'hypothèse prévue dans son alinéa 1er, le rapport de l'excédant de la quotité disponible se fasse *en nature*. Or, d'après l'article 859, le rapport d'un immeuble peut se faire en *moins prenant* s'il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers. D'après l'article 924, l'héritier donataire pourrait, même dans le cas où le retranchement de l'excédant de la quotité disponible pourrait s'opérer commodément, le retenir et l'imputer sur sa portion héréditaire, s'il y avait dans la succession d'autres biens de la même nature. (Demolombe, nos 594-599; Cass. fr., 15 novembre 1871, D., 1871, 1, 281; Nancy, 2 décembre 1872, D., 1873, 2, 214; Gand, 18 janvier 1877, P., 1878, 204.)

C. *De l'effet de la réduction.*

1820. Les *legs* deviennent caducs en tout ou en partie et ne seront pas payés (art. 925, 926).

1821. Quant aux *donations entre-vifs*, il faut distinguer :

A. Les choses données sont *fongibles*. La donation étant rési-

liée, le donataire est devenu débiteur de la valeur ou d'une quantité de choses du même genre. (Gand, 31 déc. 1868, P., 1869, 132.)

B. Les choses ne sont *pas fongibles*. Il faut encore distinguer :

1° L'action en réduction a lieu contre le *donataire lui-même* qui est encore propriétaire des choses données. La réduction a l'effet d'une condition résolutoire. « Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction le seront sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire » (art. 929, comparé avec les art. 1183 et 865, et *suprà*, n[os] 1557 et 1558). Le donataire ou son créancier n'ont pas le droit de retenir la chose en offrant l'équivalent en argent. Cette règle s'applique également à toutes les donations, qu'elles soient directes ou indirectes et déguisées sous un contrat à titre onéreux. La loi ne distingue pas et il n'appartient pas au donateur de frustrer les héritiers réservataires en dissimulant la libéralité. (Zachariæ, 685 *ter*, note 3.)

1822. Suivant la règle absolue sur l'effet de la condition résolutoire, les *fruits* devraient être restitués à partir du jour où ils ont été perçus par le donataire. Mais cette règle est modifiée par l'article 928, portant : « Le donataire restituera les fruits de ce qui excédera la portion disponible, à compter *du jour du décès* du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année ; sinon, du jour de la demande. » La loi est plus sévère pour le donataire soumis au rapport : il doit les fruits de plein droit du jour du décès du donateur (art. 856, et *suprà*, n° 1545). Voici la raison de cette différence. Le donataire successible sait qu'il doit rapporter un jour et qu'après l'ouverture de la succession il est détenteur d'une chose d'autrui. Le donataire soumis à la réduction peut être un étranger de bonne foi ignorant l'état de la fortune du donateur et la nécessité de subir un jour la réduction.

1823. Il y a entre les articles 856 et 928 une différence de rédaction ; le premier oblige le donataire soumis au rapport à rendre les fruits et les *intérêts ;* l'article 928 ne parle que des *fruits*. Faut-il en conclure que, conformément à l'article 1153, les *intérêts* des capitaux donnés ne sont dus, dans tous les cas, qu'à partir du *jour de la demande*, quand même elle aurait été intentée moins d'une année après le décès du donateur ? Non. Nous croyons que les *intérêts* sont dus comme les fruits. Car le

terme *fruits* comprend aussi, dans sa généralité, les fruits civils, c'est-à-dire les intérêts (arg. de l'art. 582).

1824. 2° Le donataire a *aliéné les biens sujets à la réduction*. « L'action en réduction pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes et discussion préalablement faite de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente » (art. 930).

La demande en réduction est donc une action *réelle* ayant lieu contre le tiers détenteur dont l'acquisition est soumise à la résolution, n'importe qu'elle soit à titre gratuit ou à titre onéreux. Mais, par dérogation aux principes rigoureux sur la condition résolutoire, la loi n'a pas admis d'une manière absolue la demande en réduction contre le tiers détenteur. Dans l'intérêt des tiers et pour assurer la sécurité de la propriété, elle l'a subordonnée, conformément à l'ancien droit, à la discussion préalable du donataire, c'est-à-dire à la preuve de son insolvabilité après poursuites judiciaires. Toutefois le législateur a mis l'intérêt des réservataires au-dessus de celui des tiers, afin de ne pas annihiler le droit à la réserve.

C'est à l'héritier réservataire de provoquer cette discussion et de prouver qu'elle a eu lieu. Les donataires doivent être discutés non-seulement dans la partie des biens donnés qu'ils peuvent encore détenir, mais aussi dans leurs autres biens. Le texte de l'article 930 le prouve.

Si les biens soumis à la réduction sont *meubles*, le tiers possesseur est à l'abri de toute poursuite en vertu de la règle : *En fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279).

1825. De ce que la loi prescrit la discussion préalable des biens des donataires, il résulte que ces derniers peuvent détourner la revendication contre les tiers en payant la réserve en argent. Le même droit appartient aux tiers détenteurs qui peuvent conserver en nature les biens par eux acquis en en offrant la valeur aux héritiers réservataires (arg. art. 1166). Les donataires étant poursuivis *eux-mêmes* n'ont pas ce droit. L'article 930 ne s'exprime donc pas tout à fait exactement en disant que « l'action

en réduction peut être exercée contre les tiers détenteurs *de a même manière* que contre les donataires eux-mêmes. »

1826. L'action en réduction s'exerce contre les donataires suivant l'ordre des *dates des donations*, en commençant par la plus récente (art. 923). Elle doit s'exercer *dans le même* ordre contre les tiers détenteurs, c'est-à-dire, elle doit être d'abord dirigée contre le tiers détenteur des biens qui ont fait partie de la *donation la plus récente*. L'action doit être exercée suivant l'ordre des *dates des aliénations* seulement dans le cas où les différentes aliénations ont été faites par le *même* donataire qui avait reçu les biens par le *même acte*. Alors on commence par attaquer la plus récente. C'est ce que suppose la fin de l'article 930.

Mais si l'aliénation la plus récente avait été faite par un donataire plus ancien, l'action s'exercerait dans l'ordre des donations et non suivant l'ordre des dates des aliénations.

1827. En ce qui concerne les améliorations et les détériorations des immeubles ayant fait partie des donations, il ne faut pas appliquer les règles sur les conditions résolutoires, mais plutôt celles qui régissent le défendeur dans la pétition d'hérédité. (Voy. *suprà*, n[os] 1659 et 1665.)

D. *De la prescription de l'action en réduction.*

1828. Cette action se prescrit à l'égard de toutes personnes par trente ans. A l'égard des tiers détenteurs, qui réunissent les caractères requis pour l'usucapion, l'action en réduction se prescrit par dix ou vingt ans (art. 2262, 2265 et suiv.). Dans l'un comme dans l'autre cas, la prescription ne commence à courir que du jour de l'ouverture de la succession (*Contra agere non valentem non currit præscriptio*).

APPENDICE.

I. DE LA QUOTITÉ DONT LE MINEUR PEUT DISPOSER PAR TESTAMENT.

1829. Le mineur âgé de plus de seize ans peut disposer par testament jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904, et *suprà*, n° 1728).

Il faut remarquer qu'il n'y a pas *indisponibilité des biens*, mais *incapacité* de disposer de la totalité. L'intérêt de cette distinction a déjà été mentionné *suprà*, n° 1721.

La question de *capacité* doit être jugée d'après le *moment de la disposition;* les événements postérieurs ne peuvent la changer. Si un mineur a, pendant sa minorité, disposé des trois quarts de ses biens et qu'il meure majeur, sa disposition est *réductible*.

L'*indisponibilité* se juge d'après le moment du *décès* du testateur; par exemple, quelqu'un ayant trois enfants au moment de la disposition a donné la moitié de ses biens; il meurt laissant un seul enfant; sa disposition est valable. (Voy. *suprà*, n° 1797.)

La quotité dont la loi défend la disposition au mineur (quotité indisponible) ne constitue pas une réserve au profit des collatéraux ou au profit des successeurs irréguliers. La loi restreint la capacité du mineur pour que ses héritiers *ab intestat* ne soient pas dépouillés par suite d'une volonté peu mûre, d'une séduction ou d'un entraînement momentané du testateur.

1830. La quotité indisponible du mineur dépend du nombre et de la qualité des héritiers ou successeurs irréguliers qu'il laisse. Ainsi :

S'il laisse	plus de deux enfants,	la *quotité indisponible*	est de	7/8
—	deux enfants	—	—	5/6
—	un enfant	—	—	3/4
—	des ascendants dans les deux lignes,		—	3/4
—	— dans une ligne,		—	5/8
—	des collatéraux ou successeurs irréguliers,		—	1/2

Il y a différentes controverses sur la manière de partager la quotité indisponible lorsqu'il y a concours d'un ascendant réservataire et de frères et sœurs ou d'autres parents collatéraux du défunt, ou concours d'un ascendant avec un légataire universel. (Voy. Zachariæ, § 688, notes 4 et 5.)

II. DE LA RÉSERVE DES ASCENDANTS DANS LE CAS OÙ IL Y A LIEU A UN DROIT DE RETOUR (art. 747, et *suprà*, nos 1329-1336).

1831. La combinaison des règles sur la réserve des ascendants (art. 915), sur l'exercice du retour de l'ascendant donateur (art. 747) et sur le droit des donataires et légataires (art. 922) fait naître de grandes difficultés et a donné lieu à de nombreuses controverses.

Ces difficultés n'existent que lorsque le défunt a laissé des *ascendants réservataires;* car, s'il a laissé des descendants, le droit de retour est éteint.

1832. Lorsqu'un descendant a reçu de son ascendant des biens qui existent encore en nature au moment de son décès, il laisse *deux patrimoines* ou deux *successions distinctes,* sa succession *ordinaire* et celle des biens donnés *soumis au droit de retour.* L'ascendant donateur succède, à l'exclusion de tous autres héritiers, aux choses par lui données à son descendant mort sans postérité, indépendamment de tout titre héréditaire; s'il est en même temps héritier *ab intestat,* il recueille la succession ordinaire, en tout ou en partie, indépendamment du droit de retour. Mais c'est toujours comme *héritier* et à *titre universel* que l'ascendant donateur succède dans les choses par lui données; il doit donc contribuer aux dettes et charges de la succession du donataire jusqu'à concurrence de la valeur des objets qui lui font retour (voy. *suprà,* nos 1330, 1336).

1833. Pour appliquer les règles sur le retour successoral combinées avec celles sur la réserve, il faut prendre pour base les principes suivants :

1° Le droit de retour n'est pas garanti par une réserve spéciale. Il est bien vrai que le retour est un droit de succession *ab intestat* et que l'ascendant l'exerce en qualité d'héritier à *titre* universel, quoique succédant *in re singulari;* et que dès lors l'ar-

ticle 915, alinéa 2, en disant que les *biens réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder,* semble leur attribuer une réserve en proportion de leur droit de retour. Mais, d'un autre côté, l'article 747 subordonne leur droit de retour à la condition que les biens par eux donnés se trouvent encore en nature dans la succession, ou que le prix en soit encore dû, ou que la succession ait une action en reprise. Dans ces trois cas, l'ascendant donateur reprend les *biens mêmes;* le donataire n'en ayant pas disposé, il ne peut être question ni d'une réserve ni d'une réduction. Si le donataire en a disposé entre-vifs ou par testament, le droit de *succession* de l'ascendant est éteint, et l'on ne peut pas admettre un droit de *réserve* au profit de celui qui n'a pas le droit de succéder *ab intestat.* L'ascendant donateur ne peut avoir droit à une réserve que lorsqu'il est appelé à la succession ordinaire. Par exemple : Paul a reçu de son grand-père un immeuble valant 100,000 francs. En mourant, il laisse pour héritiers ses père et mère et 100,000 fr. de biens encore existants. Il a légué son immeuble à un étranger. Le legs doit être exécuté en entier et le grand-père n'a pas de réserve. (Zachariæ, § 687, n° 2; Demolombe, XIX, n° 125.)

2° La quotité disponible doit toujours se calculer conformément à l'article 922 sur la totalité des biens existants et de ceux dont le défunt a disposé, sans égard à leur origine. Car le défunt a pu disposer également des biens reçus d'un ascendant et de ceux provenant d'une autre source, et cette différence d'origine ne peut exercer aucune influence sur le droit des donataires et légataires, auxquels la loi permet de donner indistinctement la quotité disponible. (Zachariæ, § 687, 1°.)

Toutefois cette thèse est controversée. M. Demolombe, n°s 129-131, soutient, avec d'autres auteurs, que dans le cas où les biens donnés existent encore en nature, il faut entièrement séparer les deux successions, et calculer la quotité disponible uniquement sur les biens de la succession ordinaire. Ajoutons que ces auteurs repoussent notre système, moins pour des raisons juridiques qu'à cause des conséquences auxquelles, selon eux, il devrait conduire, conséquences que notre système, d'ailleurs, n'admet pas non plus.

1834. Appliquons ces règles aux diverses hypothèses qui

peuvent se présenter. Il faut distinguer deux cas principaux, savoir : 1° celui où le défunt a disposé des biens donnés par l'ascendant; 2° le cas où les objets donnés en tout ou en partie se retrouvent en nature dans la succession.

1835. 1° Première hypothèse : le défunt a *disposé* des biens donnés par l'ascendant. La quotité disponible et la réserve se calculent, conformément au droit commun établi par l'article 922, sur la totalité des biens existants, etc.

Si, dans ce cas, l'ascendant donateur *n'est pas héritier ab intestat*, il n'a droit ni à la réserve, ni au retour. Si l'ascendant donateur est héritier, soit seul, soit concurremment avec d'autres ascendants de sa ligne ou de l'autre ligne, il prend sa réserve ordinaire sur la totalité des biens du défunt. (Zachariæ, § 687, note 7; Demolombe, n° 132.) Toutefois, le second cas est controversé.

Exemples : le défunt avait reçu de son aïeul paternel le don d'un immeuble valant 40,000 francs; il en a disposé à titre gratuit. Il laisse pour héritiers son père et des collatéraux maternels, et 8,000 francs de biens existants. La quotité disponible est de 36,000 francs, la réserve du père de 12,000 francs; les libéralités faites par le défunt seront réduites à 36,000 francs.

Ou bien, le défunt avait reçu de son père un immeuble de 40,000 francs, dont le donataire a disposé à titre gratuit en laissant 8,000 francs de biens effectifs. Le père donateur est en concours avec un héritier collatéral de la ligne maternelle; il a droit à 12,000 francs à titre de réserve.

Ou bien, dans la même hypothèse, le père est en concours avec la mère du défunt; chacun d'eux a droit à une réserve de 12,000 francs; les libéralités seront donc réduites à 24,000 fr.

1836. 2° Deuxième hypothèse : les biens donnés se trouvent encore en nature dans la succession. L'ascendant donateur exerce son droit de retour, mais les biens soumis au retour (la succession anomale) doivent contribuer proportionnellement aux dettes et charges de la succession; et toutes les dispositions gratuites que le défunt a faites soit à titre universel, soit à titre particulier, sont des charges qui grèvent à la fois la succession anomale et la succession ordinaire. (Voy. *suprà*, n°s 1325, 1327, 1335, 2° et 1336.)

Les ascendants, autres que le donateur, n'ayant aucun droit de succession *ab intestat* sur les biens soumis au retour, leur réserve ne se calcule que sur la masse des *biens personnels* du défunt.

Trois cas peuvent se présenter :

A. L'ascendant donateur n'est pas appelé à la succession ordinaire; par exemple, l'aïeul paternel a donné un immeuble valant 40,000 francs à son petit-fils; ce dernier meurt en laissant pour héritiers ses père et mère. Il avait une fortune personnelle de 40,000 francs, dont il a disposé à titre gratuit. La réserve des père et mère sur la succession ordinaire est de 20,000 francs. Les deux successions doivent contribuer proportionnellement, donc, dans notre hypothèse, chacune pour moitié, soit pour 20,000 francs au payement des libéralités. Les 20,000 francs restant de la succession ordinaire seront pris par les père et mère à titre de réserve; les 20,000 francs restant de la succession anomale feront retour à l'aïeul donateur.

Si, dans la même hypothèse, il n'y eût eu qu'*un* ascendant réservataire, les libéralités auraient dû également être payées par chacune des deux successions pour moitié, et les 20,000 francs restant de la succession ordinaire se seraient partagés entre les héritiers *ab intestat* de cette succession, mais de manière que l'ascendant recueillît 10,000 francs à titre de réserve.

B. Le donateur est le *seul ascendant* appelé à la succession ordinaire. Nous supposons les mêmes chiffres et les mêmes dispositions que dans le cas précédent. Chacune des deux successions contribue pour 20,000 francs au payement des libéralités. L'ascendant donateur prend 20,000 francs à titre de retour et 10,000 francs à titre de réserve sur la succession ordinaire.

C. L'ascendant donateur, par exemple l'aïeul paternel, vient à la succession ordinaire en concours avec des ascendants de l'autre ligne, par exemple avec la mère ou l'aïeul maternel. Supposons encore les mêmes chiffres et les mêmes dispositions que dans les deux premiers cas. L'ascendant donateur prendra, à titre de retour sur la succession anomale, 20,000 francs, et sur la succession ordinaire, à titre de réserve, 10,000 francs; les autres 10,000 francs appartiendront, au même titre, aux ascendants de la ligne maternelle.

Si, dans les trois hypothèses qui précèdent, le défunt avait fait des libéralités dont la valeur épuiserait ou excéderait la *totalité* de ses biens, elles devraient être réduites seulement jusqu'à concurrence de la réserve de l'ascendant ou des ascendants appelés à la succession ordinaire, la succession anomale n'étant grevée d'aucune réserve. (Voy. n° 1833.)

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

NOTIONS GÉNÉRALES, ET DE LA RÈGLE : *DONNER ET RETENIR NE VAUT.*

1837. « La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte » dit l'article 894.

Le mot *acte* est plus général que le mot *contrat;* il comprend un genre dont le *contrat* est une espèce. Tout contrat est un acte; mais tout acte n'est pas un contrat.

Or la donation est incontestablement un *contrat*, car elle doit être *acceptée*. Elle est donc régie par les principes généraux sur la validité des conventions, et elle est, en outre, soumise à quelques règles spéciales. Elle exige, pour sa validité, le consentement réciproque du donateur et du donataire, la capacité des contractants, un objet certain et une cause (art. 1101, 1103, 1105, 1108-1133).

La *cause* de la donation, c'est la *bienfaisance même*, c'est-à-dire la volonté déterminée du donateur de faire une libéralité. (Séance du conseil d'État du 21 nivôse an XII (12 janvier 1804), n° 1, Locré, t. XIV, p. 77.)

Aussi le projet primitif du code civil définissait-il la donation entre-vifs un *contrat*. Le conseil d'État y a substitué le mot *acte*, pour déférer à une observation erronée du premier consul portant « que le *contrat* impose des charges mutuelles aux deux contractants; qu'ainsi cette expression ne peut convenir à la do-

nation ». (Séance du conseil d'État du 7 pluviôse an XI (27 janvier 1803), n° 3, Locré, t. XI, p 88.)

La donation est, de plus, un contrat *solennel;* la forme dont elle doit être revêtue est prescrite pour la *validité substantielle*, ou pour l'*existence* même de l'acte (*ad solemnitatem*) et non seulement pour en établir la preuve (*ad probationem*). (Voy. *infrà*, n° 1849.)

1838. La définition de la donation renferme trois éléments :

1° Le donateur doit transférer son droit *gratuitement*. Ce caractère ne se trouve pas explicitement dans la définition, mais le terme *dépouille* l'indique; au surplus, l'article 893 annonce déjà qu'il ne sera question dans ce chapitre que des dispositions à titre *gratuit*.

Mais pour qu'un contrat soit une donation, il n'est pas nécessaire qu'il soit à titre *purement* gratuit. La donation peut être faite sous certaines charges imposées au donataire, pourvu qu'elles n'absorbent pas la valeur des choses données. Une donation avec charge (*modus*) a un caractère mixte participant du contrat de bienfaisance et du contrat à titre onéreux.

1839. 2° Il faut que le donateur se dépouille *actuellement* de la chose donnée, c'est-à-dire il faut qu'au moment même où le contrat est formé, il investisse le donataire d'un *droit réel*, par exemple, de la propriété, d'un usufruit, d'une servitude, ou d'un *droit personnel*, d'une créance contre lui-même, par exemple, en s'obligeant à lui payer une somme de mille francs, ou d'une créance contre un tiers.

Mais le caractère de la donation n'est pas détruit lorsque l'*exécution* ou la délivrance de la chose donnée a été remise jusqu'à l'arrivée d'un terme, fût-ce même jusqu'après le décès du donateur, ni si la donation est subordonnée à l'*accomplissement d'une condition;* car un droit conditionnel est un droit acquis qui entre *actuellement* dans le patrimoine du créancier et la condition a un effet rétroactif (voy. t. I, n° 39). Le donateur est dépouillé lorsqu'il a investi le donataire d'une action pour le forcer à exécuter la donation. (Cass. fr., 19 février 1878, D., 1878, 1, 377.)

A la rigueur, le mot *actuellement* est inutile; car, si le donateur est dessaisi *irrévocablement*, il est dessaisi actuellement; ces deux termes expriment donc la même idée. Le mot *actuellement* a été ajouté pour mieux faire ressortir la différence entre la

donation entre-vifs et le testament, défini par l'article 895, et par lequel le testateur dispose *pour le temps où il n'existera plus*.

1840. 3° Il faut que le donateur se dépouille *irrévocablement* de la chose donnée. Nous avons à examiner :

A. En quoi consiste le caractère particulier de l'*irrévocabilité des donations;*

B. Quels sont l'origine et les motifs de cette irrévocabilité;

C. Quelles en sont les principales conséquences.

1841. *A*. Caractère particulier de l'irrévocabilité des donations. Toutes les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise (art. 1134). Si l'irrévocabilité des donations était la même que celle des autres conventions, il aurait été inutile que la loi s'en occupât spécialement.

Mais le caractère particulier de l'irrévocabilité de la donation est exprimé par l'article 944 en ces termes : « Toute donation entre-vifs faite sous des conditions *dont l'exécution dépend de la* SEULE *volonté du donateur, sera nulle.* »

Il ne faut pas confondre cette règle avec celle de l'article 1174, portant que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. On sait que cet article est une formule incorrecte du principe du droit romain d'après lequel la convention dont la force obligatoire était subordonnée à la condition « *si le débiteur veut* » (*si voluerit*) est nulle. Semblable convention est nulle encore aujourd'hui ; tel est le véritable sens de l'article 1174. Mais rien ne s'oppose à ce que l'on stipule que la convention pourra, dans certains cas, être résiliée unilatéralement par la volonté de l'une des parties (*pactum displicentiæ*), ni à ce que l'effet d'une convention soit subordonné à une *condition purement potestative* de la part de celui qui s'oblige ; par exemple : Je vous vends ma maison si, dans trois mois, je me retire à la campagne. Cette vente, quoique subordonnée à une condition potestative de ma part, est valable en droit français comme en droit romain. Ce dernier ne distingue pas entre la donation et les autres contrats ; la donation faite sous une condition potestative de la part du donateur est valable.

Le caractère propre de l'irrévocabilité en droit français consiste en ce que la donation est radicalement nulle dès le principe si, par un moyen quelconque, le donateur *s'est réservé la possibilité* de revenir directement ou indirectement sur sa libéralité, soit en l'empêchant de produire un effet, soit en détruisant l'effet qu'elle a produit; c'est-à-dire, si, tout en donnant, il retient ou se réserve la faculté de ne pas donner. La donation serait nulle quand même le donateur n'aurait pas fait usage de la faculté de la rendre inefficace. En droit coutumier, ce principe était exprimé par l'adage : *Donner et retenir ne vaut.*

1842. *B*. Origine et motifs de cette règle.

Étrangère au droit romain, elle est d'origine coutumière, et remonte aux premiers temps du droit germanique; mais dans le cours des siècles, le sens en a été modifié.

D'après les lois barbares, la *tradition* était rigoureusement exigée pour la transmission de la propriété, non-seulement dans les donations, mais encore dans les actes à titre onéreux, tels que la vente et l'échange; et si elle n'avait pas eu lieu, le contrat était sans effet, et l'acquéreur n'avait pas même une action personnelle contre l'aliénateur. Celui qui s'engageait à transférer la propriété sans se dessaisir immédiatement de la chose aliénée et sans en investir l'acquéreur n'avait primitivement contracté aucune obligation. L'effet du contrat et la transmission de la propriété étaient placés sur la même ligne. Le donateur qui ne se dessaisissait pas immédiatement en faisant la tradition au donataire *retenait* la chose donnée et conservait la faculté d'*en* disposer; la donation était sans effet : *Donner et retenir ne vaut*, disait-on. Plus tard les jurisconsultes distinguèrent entre les obligations *personnelles* résultant du contrat et la *transmission des droits réels;* mais plusieurs coutumes, surtout celles des pays de nantissement, ont toujours conservé la maxime que, pour la validité de la *donation*, le donateur devait non-seulement faire une *cession* de sa propriété, mais aussi se dépouiller de la possession de la chose et la transmettre effectivement et actuellement au donataire. Quelques coutumes appliquèrent cette règle si rigoureusement, qu'elles déclaraient nulle la donation avec réserve d'usufruit. Les articles 938 et 949 dont il sera question plus tard, font allusion à cette ancienne législation.

D'après quelques coutumes, la donation non suivie de la tradition de la chose donnée était obligatoire pour le donateur, mais elle ne liait pas ses héritiers. A leur égard, on continuait d'appliquer dans le sens indiqué la règle : *Donner et retenir ne vaut.* (Voy. Warnkœnig, Französische Rechtsgeschichte, t. II, n[os] 232 et 233; Merlin, *Rép.*, v° *Devoirs de loi*, au commencement; et v° *Donation*, sect. V, § I[er], art. I et II; Troplong, *Tr. des donations entre-vifs et des testaments*, n[os] 1141, 1142.)

Donner sans faire la tradition était donner et retenir, parce que le donateur, alors même qu'il aurait été *personnellement obligé* par l'acte de donation, avait gardé par devers lui la propriété ou le *droit réel;* il avait donc conservé la faculté de disposer de la chose en faveur d'une autre personne. Si, dans ce cas, le donateur était insolvable, l'action personnelle n'aurait procuré aucun avantage au donataire. Dans le cours du temps, la règle *Donner et retenir ne vaut* fut étendue à tous les cas dans lesquels le donateur s'était réservé d'une façon quelconque le pouvoir de disposer encore de la chose, ou, comme dit l'article 944, à toutes les donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la *seule* volonté du donateur. Cette extension est formellement énoncée, entre autres, dans la nouvelle coutume de Paris, dont les articles 273 et 274 sont ainsi conçus :

Art. 273. « Donner et retenir ne vaut. »

Art. 274. « C'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession, jusques au jour de son décès. » (Merlin fait observer qu'au lieu du mot *jouissance*, il devrait y avoir *puissance;* que le changement d'un *p* en *jo* est facile. *Rép.*, v° *Donation, l. cit.*)

Cette extension était d'autant plus naturelle que l'esprit de l'ancien droit français tendait à conserver les biens dans les familles, et était, par cela même, peu favorable aux donations entre-vifs, par lesquelles l'ordre légal des successions était changé.

« L'esprit de notre droit français incline à ce que les biens demeurent dans les familles, et passent aux héritiers. Leurs dispositions sur les propres, sur les réserves coutumières, le font assez connaître.

« Dans cette vue, comme on ne pouvait justement dépouiller

les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui et, par conséquent, de donner entre-vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, *de mettre néanmoins un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile*. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît, dès le temps de la donation, de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournât les particuliers de donner », dit Pothier, *Tr. des donations entre-vifs,* sect. II, art. II.

Les articles 15 et 16 de l'ordonnance de 1731, dont les articles 943-946 du code sont une reproduction presque littérale, ont consacré la règle *Donner et retenir ne vaut.*

1843. *C.* Principales conséquences de cette règle.

L'article 944 formule le principe dont le code lui-même fait trois applications dans les articles 943, 945, 946. Voici la règle : La donation est nulle lorsqu'elle est faite sous une condition dont l'exécution dépend de la *seule volonté* du donateur. Donc elle n'est pas nulle lorsqu'elle est faite sous une condition *casuelle,* c'est-à-dire qui dépend du hasard, et qui n'est *nullement au pouvoir* du donateur (art. 1169); elle peut donc être faite sous la condition résolutoire : *si le donataire meurt avant le donateur* (art. 951).

Quant aux conditions qui dépendent à la fois de la volonté du donateur et du hasard, il y a controverse. Suivant quelques auteurs, elles n'annulent pas les donations. Ainsi, par exemple, la donation faite sous la condition résolutoire que le donateur établira dans trois mois son domicile dans une autre ville est valable, disent-ils, parce que la mort ou une maladie grave peuvent empêcher le donateur de changer de demeure. (Duranton, n° 474.) Mais la règle de l'irrévocabilité, ainsi entendue, ne trouverait presque jamais son application. Il serait, en effet, difficile de s'imaginer une condition *absolument potestative* de la part du donateur, et dans laquelle il n'y aurait aucun élément casuel. La mort du donateur peut toujours être un obstacle à ce que l'exécution de la condition dépende de sa seule volonté. La règle de l'article 944 doit donc être appliquée *civiliter,* c'est-à-dire à toutes les conditions que, d'après le cours ordinaire des choses

humaines, le donateur est le maître de faire arriver ou défaillir. Par la même raison, la donation est nulle lorsqu'elle est subordonnée à une condition *mixte*, c'est-à-dire qui dépend tout à la fois de la volonté du donateur et de la volonté d'un tiers (art. 1171). Ainsi, la condition *si je me marie*, ou *si je ne me marie pas*, ou *si j'embrasse tel état*, etc., annule la donation. (Zachariæ. Aubry et Rau, § 699, note 7; Laurent, *Principes de droit civil*, t. XII, nos 407-410.)

1844. Le code fait de la règle *Donner et retenir ne vaut* les trois applications suivantes :

1° Art. 943. « La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

Par *biens à venir* il faut entendre ceux qui, au moment de la donation, ne font pas encore partie du patrimoine du donateur, et sur lesquels il n'a aucun droit actuel ni conditionnel. La donation de ces biens est nulle parce qu'il dépend du donateur de les acquérir ou de ne pas les acquérir; donc, de rendre ou de ne pas rendre la donation efficace. S'il n'acquiert rien, il n'a rien donné.

Par la même raison sont nulles :

a. La donation *de tous les biens que le donateur laissera à son décès*. Elle est nulle, même à l'égard des biens dont il était déjà propriétaire au moment de la donation, parce qu'il n'y a pas de dessaisissement actuel et irrévocable, le donateur ayant conservé le pouvoir de disposer de ces biens. Il peut ne rien laisser.

b. La donation d'une somme d'argent déterminée *à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès*. Car, il n'y a aucun dépouillement actuel ni engagement personnel qui lie le donateur ou ses héritiers. Le donateur peut ne laisser aucun bien sur lequel la somme pourrait être prise.

Mais il faut considérer comme ayant pour objet des biens présents, donc comme valables, les donations suivantes :

a. Celle d'une somme d'argent *payable au décès* du donateur même avec réserve de l'usufruit et stipulation de retour pour le cas de prédécès du donataire. (Pau, 7 juin 1872, D., 1873, 2, 76.) Il y a dépouillement irrévocable et actuel. Le donateur a contracté une dette qui le grève personnellement dès à présent

et qui passe à ses héritiers, mais dont l'*exigibilité* seulement est différée. La donation serait valable quand même le donateur mourrait insolvable; le donataire a toujours un droit *acquis* depuis le jour du contrat.

b. La donation des fruits futurs des biens appartenant au donateur, par exemple, le produit d'une vigne ou d'une prairie, dont le donateur a la propriété ou l'usufruit, ou sa part de bénéfices d'une société dans laquelle il est intéressé. Car, d'après le cours ordinaire des choses, ces biens viennent à naître sans la volonté du donateur. La thèse pourrait être contestée si la donation comprenait des fruits industriels (art. 583, alin. 2).

1845. 2° Art. 945. « La donation sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé. »

Une semblable condition est contraire au principe de l'irrévocabilité, parce que le donateur reste le maître de paralyser l'effet de la donation en contractant des dettes qui absorbent la valeur des biens donnés. Il résulte donc de cet article :

a. Que la donation est nulle pour le tout si elle a été faite à la condition de payer *toutes les dettes futures* indéterminées du donateur, alors même que le donateur ne laisserait pas de dettes. (Lyon, 8 fév. 1867, D., 1867, 2, 154.)

b. Que si elle a été faite à la charge de payer une quantité déterminée de dettes, qu'il dépendra de la volonté du donateur de contracter ou de ne pas contracter, la donation sera nulle jusqu'à concurrence de cette somme, quand même les dettes ne s'élèveraient pas à cette somme, mais qu'elle sera valable pour le surplus. Par exemple, le donataire de plusieurs biens est chargé de payer les dettes que le donateur laissera à son décès, jusqu'à concurrence de 20,000 francs. Ce dernier, en mourant, ne laisse que 10,000 francs de dettes. La donation sera nulle jusqu'à concurrence de 20,000 francs. Le donataire devra payer les 10,000 francs de dettes et payer 10,000 francs aux héritiers du donateur.

Il résulte de ce qui précède que la donation est valable :

a. Si elle a été faite sous la condition d'acquitter toutes les

dettes du donateur qui existaient à l'époque de la donation. Il n'est pas nécessaire de joindre à l'acte de donation un état détaillé de ces dettes, comme dans le cas de l'article 1084; la loi ne le prescrit pas. Le donataire ne serait tenu de payer que les dettes dont l'existence, au jour de la donation, serait légalement prouvée, et il serait en droit de refuser le payement de celles dont la date ne serait pas certaine; car, autrement le donateur pourrait éluder la règle *Donner et retenir ne vaut,* en antidatant ses dettes contractées postérieurement à la donation.

b. Si elle a été faite sous la condition de payer jusqu'à concurrence d'une somme déterminée les *dettes futures* dépendantes de la volonté du donateur (voy., ci-dessus, litt. *b*). Si les dettes ou charges futures dont le payement est imposé au donateur ne dépendent pas de la volonté du donateur, il faut que le caractère de ces dettes soit *exprimé* dans l'acte de donation ou dans l'état y annexé. La donation serait valable, quand même le montant de ces dettes ou charges serait indéterminé; par exemple, si le donataire était chargé de payer les frais funéraires du donateur, ou bien la dette d'aliments dont ce dernier pourrait être tenu envers ses père ou mère ou d'autres parents.

1846. 3° Art. 946. « En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés; s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires. »

Évidemment le donateur qui se réserve le droit de disposer de la chose donnée, *la retient,* et, pour ce motif, la donation serait nulle, quand même le donateur n'aurait pas disposé de cette chose ou de cette somme.

Si la réserve de disposer ne porte que sur une partie de la chose, la donation sera nulle pour cette partie.

1847. La règle *Donner et retenir ne vaut* ne s'applique point aux donations faites, par contrat de mariage, aux époux et aux enfants à naître de leur mariage, ni aux dispositions entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage (art. 947 et *infrà,* chap. VIII et IX.)

SECTION PREMIÈRE.

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

1848. L'intitulé de cette section est incomplet, car elle ne traite pas seulement des *formes,* c'est-à-dire des conditions *extrinsèques* ou *extérieures,* mais elle s'occupe aussi des conditions *intrinsèques* ou *matérielles* et des effets des donations, ainsi qu'il résulte de ce qui a été exposé aux n[os] 1841 à 1847. L'intitulé s'explique parce que beaucoup de jurisconsultes appliquaient improprement les termes *formes* et *formalités* aux règles intrinsèques qui régissent les actes et même aux conditions de capacité. (Voy. t. I, n° 74.)

Nous traiterons dans cette section : I. De la forme, et II. Des effets de la donation.

I. DE LA FORME DES DONATIONS.

1849. La donation est un contrat ; elle doit donc être *acceptée.* De plus c'est un contrat *solennel ;* son *existence même* est subordonnée à l'observation des formalités externes prescrites par la loi. (Voy. n° 1837.) Ces formes se rapportent à l'*offre* ou à l'expression de la volonté de donner, et à l'*acceptation* de la donation.

A. *De l'offre ou de l'acte portant donation.*

1. EN GÉNÉRAL.

1850. « Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; il en restera minute, sous peine de nullité » (art. 931).

C'est la loi du 25 ventôse an XI qui détermine la forme des contrats notariés.

En **France**, beaucoup de controverses s'étaient élevées sur le point de savoir si la présence réelle du notaire en second ou des

témoins instrumentaires est requise à la réception des actes, ou s'il suffit que leurs signatures y soient apposées après coup. Pour y mettre un terme et pour prévenir de nouvelles contestations, la législature émit la loi du 21 juin 1843 sur la *Forme des actes notariés,* dont l'article 1er porte : « Les actes notariés, passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI, ne pourront être annulés par le motif que le notaire en second ou les témoins instrumentaires n'auraient pas été présents au moment de la réception desdits actes. »

L'article 2 de la même loi porte qu'à l'avenir les actes notariés contenant *donation entre-vifs,* donation entre époux, pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, etc., seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins; que la présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties; et qu'elle sera mentionnée, à peine de nullité.

L'article 4 porte qu'il n'est rien innové aux dispositions du code civil sur la forme des testaments.

Le droit romain ne soumet la donation à aucune forme spéciale, excepté si elle dépasse 500 solidi; l'ancienne jurisprudence française se prononçait, mais d'une manière dubitative, pour la nécessité de la forme authentique; l'article 1er de l'ordonnance de 1731, reproduit dans l'article 931 du code, a prescrit l'authenticité à peine de nullité. La nullité résultant de l'inobservation de cette règle est absolue et peut être invoquée par le donateur lui-même. L'acte notarié ne peut pas être remplacé par un acte sous seing privé, déposé chez un notaire ou reconnu devant lui ou en justice.

La solennité de la forme a été prescrite afin d'entourer de difficultés les donations, de les empêcher et de pouvoir trouver facilement, dans l'absence de la forme, un moyen de les rendre inefficaces. L'ancien droit tendait à conserver les biens dans les familles; il voyait de mauvais œil les donations qui dépouillaient les héritiers légaux. C'est ce qui explique plusieurs dispositions qui trahissent d'une manière non équivoque la défaveur avec laquelle le législateur traite les donations.

Aujourd'hui l'idée de conserver les biens dans les familles ne

forme plus une des bases de notre droit; les règles rigoureuses sur les donations n'ont donc plus la même raison d'être, mais elles ont passé dans le code par la force des traditions.

Toutefois plusieurs auteurs donnent, pour la solennité de la forme, un autre motif qui ne manque pas de vérité : elle est, disent-ils, en même temps une garantie de la liberté, de la spontanéité et de la maturité de la résolution du donateur de se dépouiller irrévocablement, et une sauvegarde contre la surprise, la légèreté, la générosité irréfléchie et les impulsions précipitées des passions. (Troplong, *Donations*, n° 1036; Mourlon, *Rép.*, t. II, p. 285.) C'est en partie sur les mêmes motifs qu'est fondée la forme solennelle du contrat de mariage et de la reconnaissance des enfants naturels.

1851. Les notaires peuvent recevoir deux espèces d'actes authentiques: en *brevet* ou en *minute*. Le brevet est l'original qui, après avoir été signé, est remis aux parties. La minute est l'original revêtu de la signature du notaire, des témoins et des parties, et dont la garde est confiée au notaire. La nécessité de l'authenticité était autrefois controversée; la nécessité de la minute est incontestablement une innovation de l'ordonnance de 1731 introduite dans le but d'assurer l'irrévocabilité des donations. Pothier explique comment la minute garantit l'irrévocabilité : « Le motif de cette loi a été d'empêcher les fraudes, et qu'il ne fût pas permis au donateur et en son pouvoir de faire des donations qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre-vifs, en retenant par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée, qui aurait ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsque le donateur le jugerait à propos. C'est pour ôter ce moyen au donateur que l'ordonnance veut qu'il reste une minute de la donation entre les mains d'un notaire, personne publique dont le donateur ne puisse être le maître. Sans cela, les donations sont suspectes de n'avoir pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos lois dans les donations entre-vifs, et par la raison de cette suspicion elles sont déclarées nulles. » (*Donat. entre-vifs*, sect. II, art. IV.)

Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 34, commet donc une erreur en disant « qu'il ne doit être au pouvoir *de l'une ni de*

l'autre des parties d'anéantir la donation en supprimant l'acte qui en contient la preuve. » (Locré, XI, 389.)

Cette erreur a été répétée par plusieurs auteurs. Il est évident que le principe de l'irrévocabilité ne consiste pas en ce que le *donataire* soit empêché de révoquer ou d'anéantir la donation ; il peut, si cela lui convient, immédiatement détruire la chose donnée, ou l'abandonner, ou en disposer en faveur d'une autre personne, même du donateur, en la lui rendant. C'est contre le *donateur* seulement que la loi déclare la donation irrévocable.

2. SPÉCIALEMENT DE L'ACTE PORTANT DONATION D'EFFETS MOBILIERS (art. 948).

1852. L'acte de donation d'effets mobiliers est soumis aux formes mentionnées aux deux numéros précédents, et, en outre, à une formalité *spéciale :* « Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation », porte l'article 948.

L'article 15 de l'ordonnance de 1731 exigeait un état, mais non *estimatif ;* il suffisait qu'il fût descriptif.

Le principal but de cet état estimatif est d'assurer l'irrévocabilité de la donation. Autrement le donateur pourrait aliéner les effets mobiliers donnés dont il serait resté en possession : le donataire aurait pu se trouver dans l'impossibilité de prouver l'importance de la donation, laquelle resterait inefficace. Si, en présence de l'état estimatif, le donateur aliène, lui-même ou son héritier devient débiteur de la valeur des choses qu'il ne reproduit pas.

Mais l'état estimatif a encore pour but de garantir d'autres intérêts que ceux du donataire : d'abord celui du donateur, dans le cas où il serait fondé à révoquer la donation : par l'état estimatif il en prouverait le montant. Ensuite l'intérêt des héritiers du donateur, pour vérifier si la donation n'excède pas la quotité disponible, ou pour déterminer l'étendue de l'obligation de rapporter (art. 922 et 868, et *suprà,* n[os] 1804 et 1565). Enfin l'intérêt des tiers, qui pourraient y trouver des renseignements utiles ;

par exemple, ils pourraient apprendre si les meubles donnés sont le gage des créanciers du donateur ou de ceux du donataire.

1853. L'état estimatif doit accompagner tout *acte* de donation, quand même il aurait été suivi de la tradition immédiate des meubles. Les auteurs du code ont formellement et avec intention changé l'ordonnance de 1731, dont l'article 15 restreignait la nécessité de l'état estimatif au cas où « la donation ne contienne pas une tradition réelle ». L'ordonnance se préoccupait principalement de l'application de la règle *Donner et retenir ne vaut;* le donateur pouvait encore disposer des objets donnés s'il les gardait par devers lui. Le code, en prescrivant l'état estimatif, a eu en vue d'autres intérêts encore que celui du donataire. (Séance du conseil d'État du 19 ventôse an XI (10 mars 1803), n° 6; Jaubert, Rapp. au Tribunat, n° 45, Locré, t. XI, p. 226 et 458.)

Mais cet état ne serait pas nécessaire si la donation était purement *manuelle*, sans qu'un *acte* en eût été dressé.

De là il résulte que lorsque l'*acte* de donation est nul pour défaut de l'état estimatif, la donation peut valoir comme *don manuel,* si le donateur fait plus tard la tradition des effets donnés, pourvu que cette tradition ne puisse pas être considérée comme l'*exécution* de la première donation qui n'est pas valable. (Demolombe, t. XX, n° 75; Liége, 6 juillet 1870, P., 1871, 392.)

L'article 948 est applicable aussi à la donation de meubles incorporels et à la donation d'une quote-part de tous les biens présents du donateur (donation à titre universel). La loi ne distingue pas.

1854. L'état estimatif doit nécessairement être fait au moment de la donation; s'il pouvait être fait après, la règle *Donner et retenir ne vaut* n'aurait pas été observée pendant l'intervalle. Il peut être fait par acte sous seing privé signé des parties; il reçoit la date certaine par l'annexion à la minute du notaire.

L'état estimatif peut aussi être fait dans l'acte même de donation. L'acte de donation ou l'acte annexé peut se référer à un autre acte authentique antérieur; par exemple, le donateur peut donner des meubles qui lui sont échus dans le partage d'une succession dont l'acte a été dressé par un notaire. Cet acte offre les mêmes garanties que l'acte annexé.

1855. A défaut d'acte estimatif, l'acte de donation d'effets mobiliers est radicalement nul; il est considéré comme inexistant et ne peut produire aucun effet.

Toutefois, la nullité est restreinte aux seuls objets pour lesquels il y a eu omission d'estimation. C'est en ce sens que la rédaction du projet a été modifiée sur la proposition formelle de la section de législation du Tribunat. (Observ. du Tribunat, n° 36, Locré, p. 317.)

B. *De l'acceptation.*

1856. La donation n'existe et n'oblige le donateur que par l'acceptation (*duorum in idem placitum consensus*). L'acceptation aussi, de même que l'offre, est soumise à des conditions et à des formalités spéciales.

Nous aurons à examiner : 1° quelles personnes peuvent accepter une donation; 2° quelles sont les formes de l'acceptation.

1. DES PERSONNES CAPABLES D'ACCEPTER DES DONATIONS.

1857. En principe, toute personne capable de *recevoir* par donation entre-vifs est aussi capable d'*accepter* des donations. (Voy. *suprà*, n°s 1732-1747.) Cette règle souffre les modifications qui suivent.

1858. 1° De la donation offerte à un *majeur*. L'acceptation doit être faite par *lui-même*, ou, *en son nom*, par la personne fondée de sa procuration *spéciale*, c'est-à-dire, portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général d'accepter *les donations* qui auraient été ou qui pourraient lui être faites. Cette procuration devra être passée devant notaires, et une *expédition* devra en être annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé (art. 933).

L'acceptation ne pourrait pas être faite par *un autre* que le donataire ou son mandataire spécial, donc pas par un *negotiorum gestor*, ni par son créancier, ni par quelqu'un qui se porterait fort, ni par le notaire qui reçoit l'acte, comme stipulant pour les donataires absents; l'article 5 de l'ordonnance le défendait déjà.

La procuration doit être *authentique* parce qu'elle est un acte

complémentaire de l'acceptation même, laquelle doit être revêtue de la forme solennelle.

Sous l'ordonnance de 1731, la procuration pouvait être générale; aujourd'hui elle doit être *spéciale;* c'est une innovation du code, dont nous ne trouvons le motif nulle part. M. Laurent (t. XII, n° 242) y voit simplement une nouvelle entrave; M. Demolombe considère la spécialité comme une conséquence logique du principe qui exige que l'acceptation de la donation soit faite en *termes exprès* (n° 160).

Mais la procuration doit-elle nécessairement être passée en *minute?* ou bien ne pourrait-elle pas être faite en *brevet* et être annexée en original à l'acte de donation ou d'acceptation ? La deuxième opinion nous paraît plus juste. Car la loi ne prescrit pas impérieusement et à peine de nullité que la procuration devra être faite en minute; elle le suppose plutôt, parce qu'elle prescrit l'annexion de l'expédition. L'annexe du brevet présente le même degré de certitude de la réalité de la procuration, et on ne voit aucun motif de la nécessité de la minute. (Demolombe, n° 161.) Mais la question étant controversée, on agira toujours plus prudemment en faisant dresser une procuration en minute.

1859. 2° La donation peut être acceptée par un majeur *placé sous conseil judiciaire,* pourvu qu'elle ne soit pas grevée d'une charge, que la loi défend à cette personne de contracter (art. 499, 513).

1860. 3° La donation ne peut être acceptée pour un *majeur interdit* que par son tuteur et avec l'autorisation de son conseil de famille (art. 935, alin. 1er, 463 et 509).

1861. 4° Le *sourd-muet* qui *sait écrire* peut accepter lui-même ou par un fondé de pouvoir.

S'il ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à cet effet suivant les règles établies au titre de la *Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation,* c'est-à-dire par le conseil de famille (art. 936).

Cette règle s'applique :

a. Au sourd-muet majeur;

b. Au sourd-muet mineur et émancipé;

c. Au sourd-muet placé sous conseil judiciaire. S'il était interdit ou mineur non émancipé, il faudrait lui appliquer les règles des nos 1860 et 1864 ci-dessous.

1862. 5° La *femme mariée* sous quelque régime que ce soit ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre du *Mariage* (art. 934). Cette disposition s'applique également à la femme séparée de corps. « Les bonnes mœurs et l'autorité du mari ont toujours exigé que la femme mariée ne pût accepter une donation sans le consentement de son mari ou de justice, » dit l'Exposé des motifs, n° 37. (Locré, p. 391). (Voy. t. I, n°s 383 et 384.)

Le mari ne représente pas légalement sa femme pour accepter une donation, à moins d'avoir une procuration spéciale (art. 933). Sous l'ancien droit, on jugeait autrement. (Voy. Troplong, n° 1122.) Ainsi, même sous le régime de la communauté, le mari ne peut pas accepter une donation mobilière pour sa femme ; il faut qu'elle l'accepte elle-même. (Arr. de Cologne du 28 juillet 1859, B. J., t. 18, 945.)

Lorsque c'est le mari lui-même qui fait une donation à sa femme, elle est implicitement autorisée à l'accepter.

1863. 6° La donation faite à un *mineur émancipé* doit être acceptée par *lui-même* avec l'assistance de son curateur (art. 935, alin. 2). (Voy. t. I, n°s 773, 5°.)

1864. 7° La donation faite à un *mineur non émancipé* devra être acceptée par son tuteur avec l'autorisation du conseil de famille (art. 935, alin. 1er, 463, et t. I, n° 739).

1865. Conformément à l'article 7 de l'ordonnance de 1731, le code porte que les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui (art. 935, alin. 3). Ils peuvent accepter sans autorisation du conseil de famille. L'article 933 n'est pas applicable ici ; les ascendants n'ont pas besoin de procuration : *le lien du sang et de l'affection*, disait-on, *leur tient lieu de mandat*. Les donations étant ordinairement avantageuses, la loi a voulu multiplier pour les mineurs les facilités de les accepter. L'enfant peut être sans tuteur ; il peut être simplement conçu ; son tuteur ou son père peut être momentanément absent ; voilà autant de circonstances qui pourraient s'opposer à la perfection de la

donation si elle ne pouvait être acceptée que par le tuteur.

Les ascendants qui ne sont pas tuteurs ont le *droit* mais non l'*obligation* d'accepter les donations pour leurs descendants mineurs. Ce droit appartient à tous les ascendants des deux sexes *concurremment*. L'amendement de Treilhard, de ne l'attribuer *aux autres ascendants qu'à défaut des père et mère*, fut rejeté au conseil d'État après un assez vif débat. Le père peut être absent, disait-on, ou bien il peut repousser la donation par le motif de son intérêt personnel, comme dans le cas où lui-même est l'héritier du donateur. (Séance du conseil d'État du 12 ventôse an XI (3 mars 1803), n° 17, Locré, p. 206-208.)

La mère ou l'aïeule peut accepter la donation pour le mineur sans y être autorisée de son mari, autrement il eût été inutile de lui donner ce droit.

D'après la doctrine généralement admise, elle peut même accepter malgré le père ou l'aïeul, parce que l'ascendante, en acceptant la donation, n'agit pas en qualité de femme mariée ; elle exerce, non pas *son* droit, mais celui de son enfant en vertu d'un mandat légal. (Mourlon, t. II, p. 288.)

Il résulte de ce qui précède que la donation faite au mineur par son tuteur ou par son curateur peut être acceptée par le subrogé tuteur autorisé par le conseil de famille, ou par un curateur *ad hoc*, ou par un ascendant, sans autorisation, mais que la donation faite par un ascendant ne peut être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Mais dans aucun cas l'ascendant donateur lui-même ne peut accepter la donation.

Par identité de motif il faut appliquer l'article 935, alinéa 3, aux père et mère (mais non aux autres ascendants) de l'enfant naturel reconnu. (Troplong, n° 1131 ; Demolombe, n° 193.)

La donation acceptée par un des ascendants en vertu de l'article 935, alinéa 3, a, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur (arg. de l'article 463 ; Demolombe, n° 184).

1866. Les ascendants de l'interdit peuvent-ils accepter une donation pour lui ? La question est controversée. L'ordonnance de 1731, article 7, leur attribue ce droit ; le code, après avoir fait mention expresse de l'interdit dans le premier alinéa de l'article 935, le passe sous silence dans l'alinéa 3. Est-ce une inadvertance ou une omission calculée ? C'est difficile à dire. Ceux

qui étendent cette disposition aux ascendants des interdits invoquent l'article 509 portant que « l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens. » L'argument est peu concluant. Car, abstraction faite de l'inexactitude de cette assimilation en ce qui concerne la capacité, on ne saurait méconnaître que le législateur, en écrivant l'article 509, a eu principalement en vue la tutelle et l'administration des biens de l'interdit. Mais ici il ne s'agit ni de la capacité ni de la tutelle, il s'agit d'un mandat légal. Avec plus de raison on invoquerait, pour l'extension, l'interprétation historique de l'article 935 et l'identité des motifs.

Mais, en l'absence de toute base légale, on doit hésiter à déroger, non-seulement à la règle spéciale de l'article 933, mais encore au principe général que nul ne peut stipuler pour autrui sans avoir un mandat conventionnel ou légal. Il faut donc se prononcer plutôt contre l'extension. (Marcadé, art. 935 ; Laurent, t. XII, n° 251. En sens contraire, Troplong, n° 1130; Demolombe, n° 192.)

1867. Quel est l'effet d'une donation acceptée par la femme mariée sans l'autorisation de son mari ou par le mineur seul? Cette question était très-controversée sous l'ancien droit et elle l'est encore.

Le système de la *nullité absolue* compte le plus de partisans dans la doctrine et la jurisprudence. Mais nous croyons que la donation est simplement *annulable* et que la nullité ne peut en être demandée que par les incapables. Cette opinion invoque le principe général établi par l'article 1125, que la nullité fondée sur l'incapacité des contractants ne peut être demandée que par l'incapable, principe dont l'article 225 fait encore une application spéciale à la femme. Pour déroger à un principe de droit commun, il faut une disposition *spéciale*, qui fait défaut ici. Les partisans de l'opinion opposée, à défaut de texte, raisonnent par induction et par probabilités pour prouver que le législateur a dérogé à ce principe dans le chapitre des *Donations*. Nous y trouvons la preuve du contraire. L'article 934 concernant la femme mariée renvoie précisément aux articles 217 et 219, dont l'inobservation n'entraîne qu'une nullité relative. Nous pouvons invoquer l'ancien droit. Alors, comme aujourd'hui, la donation était un contrat solennel. Pothier, que nous pouvons considérer comme

l'expression de la dernière jurisprudence qui a précédé le code, nous dit que l'ordonnance de 1731 « n'exclut pas les mineurs et les interdits qui ont l'usage de la raison, et les mineurs pubères voisins de la puberté, d'accepter par eux-mêmes les donations qui leur sont faites. » Pothier énonce cette opinion précisément dans le paragraphe de son livre où il traite de la *Solennité de l'acceptation,* sect. II, article I. (Voy. en ce sens, Demolombe, n° 219, où il donne toute la doctrine et les éléments de la controverse, et arr. de Bruxelles du 30 juillet 1867, B. J., t. 26, 785; P., 1868, 14; Lyon, 23 mars 1877, D., 1878, 2, 33.)

Les partisans de l'opinion contraire diffèrent beaucoup dans la manière de justifier leur opinion : les uns réfutent les arguments des autres ; voyez, par exemple, la note d'Aubry et Rau sur Zachariæ, § 652, note 9. Leur principal argument consiste à dire que tout ce qui est relatif au mode d'acceptation tient à la *forme* de la donation, et que tout ce qui tient à la forme est de rigueur. (Laurent, t. XII, n° 259.) Mais la première thèse est une erreur; la question de savoir quelles personnes peuvent accepter une donation est évidemment une question de *capacité* et non de *forme.*

1868. 8° Les donations faites au profit d'*hospices,* des *pauvres d'une commune,* ou d'*établissements d'utilité publique,* seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, *après* y avoir été dûment autorisés (art. 937 et 910; *suprà,* n° 1746). Il est évident que ces personnes morales, n'étant pas capables de *recevoir* sans une autorisation du gouvernement, ne peuvent pas *accepter* une donation.

L'autorisation du gouvernement doit nécessairement précéder l'acceptation des administrateurs ; une acceptation provisoire de leur part serait sans effet, de sorte que la mort ou le changement de volonté du donateur dans l'intervalle entre la donation et l'acceptation autorisée empêcherait l'existence de la donation. Il ne faut donc pas assimiler les hospices, etc., non autorisés à un mineur qui a accepté une donation. (Séance du conseil d'État du 12 ventôse an XI (3 mars 1803), n° 19; Exposé des motifs, n° 39; Rapp. au Tribunat, n° 42 ; Locré, p. 209, 392, 456.)

En **Belgique**, l'approbation de la députation permanente du conseil provincial est suffisante, lorsque la valeur des donations

ou legs faits à la commune ou aux établissements communaux n'excède pas 5,000 francs, sauf, dans les trente jours, recours au roi, qui statue sur l'acceptation, la répudiation ou la réduction de la donation ou du legs.

Les libéralités faites par acte entre-vifs seront toujours acceptées *sous la réserve* de l'approbation de l'autorité compétente; cette acceptation liera, sous la même réserve, le donateur, dès qu'elle lui aura été notifiée.

Cette notification et celle de l'approbation éventuelle pourront être constatées par une simple déclaration du donateur authentiquement certifiée au bas de l'acte portant donation.

Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation provisoire, ainsi que la notification de l'acceptation provisoire, qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Il en sera de même de la notification de l'acceptation définitive. (Loi communale du 30 mars 1836, art. 76, n° 3, modifié par la loi du 19 décembre 1864 relative aux fondations de bourses, art. 47, et par la loi du 30 juin 1865, modificative de l'organisation communale, art. 2, n° 3.)

En **France**, les libéralités faites au profit des communes et des établissements communaux, des hospices, des hôpitaux et des bureaux de bienfaisance, peuvent être acceptées à titre *provisoire* par les préposés de ces établissements, et l'autorisation ultérieure du pouvoir exécutif rétroagit au jour de cette acceptation et a pour effet de rendre la libéralité irrévocable à partir de la même acceptation provisoire. (Loi du 18 juillet 1837, art. 48; loi du 7 août 1851, art. 11. Toulouse, 1er mai 1868, D., 1868, 2, 91.)

L'autorisation dûment accordée à une personne morale d'accepter une donation ou un legs ne peut pas empêcher l'héritier légitime d'exercer les actions qu'il peut avoir en cette qualité. (Cass. fr., 2 janv. 1877, D., 1877, 1, 13.)

1869. Les mineurs, les interdits, les femmes mariées, et, il faut ajouter, les hospices, les pauvres, etc., ne sont point restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations; sauf leur recours contre leurs tuteurs, maris ou adminis-

trateurs, s'il y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs, maris ou administrateurs se trouveraient insolvables (art. 942). La première de ces deux règles était controversée sous l'ancien droit ; l'ordonnance de 1731, article 32, l'avait déjà décidée dans le sens admis par le code. Bigot-Préameneu en donne la raison en ces termes : « Si les mineurs ont des priviléges pour la conservation de leur patrimoine, et pour qu'ils ne soient pas surpris par les embûches tendues à la fragilité de leur âge, ils ne doivent pas être dispensés du droit commun lorsqu'il s'agit seulement de rendre, par des donations, leur condition meilleure. » (Exposé des motifs, n° 44, Locré, p. 394.)

1870. La loi dit que le recours a lieu *s'il y échet,* termes puisés dans l'article 28 de l'ordonnance de 1731, et dont le sens est celui-ci : Le recours n'a lieu que contre ceux qui sont *obligés* d'accepter, et seulement lorsque c'est par leur faute que l'acceptation n'a pas eu lieu. Cette obligation incombe au tuteur (l'art. 935 dit : *devra être acceptée*), et au subrogé tuteur dans les cas où il prend la place du tuteur ; au père administrateur légal ; au curateur du mineur émancipé, au curateur *ad hoc* du sourd-muet, et aux administrateurs des hospices, communes, etc. L'article 942 ne fait pas mention de ces derniers, parce qu'à leur égard il ne doit y avoir que la responsabilité attachée à leurs fonctions », dit Jaubert, Rapp. au Tribunat, n° 44 (Locré, p. 458). Or, ces fonctions sont déterminées par le droit administratif.

Les *ascendants,* n'étant pas *obligés* d'accepter les donations pour leurs descendants mineurs, ne supportent aucune responsabilité.

Quant au *mari,* il n'est pas responsable du défaut d'acceptation ; car la femme doit accepter elle-même, et il ne peut pas accepter pour elle. Il n'est pas responsable du refus d'autoriser sa femme à accepter ; car ce refus est un exercice légal de sa puissance maritale, contre lequel la femme peut d'ailleurs se pourvoir en justice. Si l'article 942 parle d'un recours contre le mari, c'est parce qu'il traite, dans la même phrase, des conséquences du défaut d'*acceptation* et du défaut de *transcription ;* l'omission de la transcription peut engager la responsabilité du mari. (Voy. *infrà,* n° 1898.)

2. DE LA FORME DE L'ACCEPTATION.

1871. Il n'y a point de donation sans acceptation. La donation étant un contrat, l'acceptation en est un élément substantiel; elle forme le concours des deux volontés, le *consentement*.

D'après les principes généraux qui régissent les conventions, aucune forme n'est requise pour l'expression du consentement; il peut être manifesté par écrit, verbalement ou même tacitement, par un acte ou par un simple geste.

Toutefois en ce qui concerne les donations, la loi prescrit que non-seulement l'*offre*, mais aussi l'acceptation soit revêtue d'une forme solennelle. La donation doit être acceptée en *termes exprès* et par un *acte authentique* fait devant notaire (art. 932); « le juge ne peut avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendrait induire une acceptation tacite ou présumée; et ce quand même le donataire aurait été présent à l'acte de donation, et qu'il l'aurait signé, ou quand il serait entré en possession des choses données », disait déjà l'article 6 de l'ordonnance de 1731.

L'acceptation doit être faite expressément, mais non en termes *sacramentels*.

La solennité de l'acceptation était étrangère au droit romain; c'est une règle française, qui doit son origine à la défaveur avec laquelle on envisageait les donations, qui dépouillaient les familles. (Voy. *suprà*, n° 1850.)

1872. L'acceptation peut être faite dans l'acte même de donation. Elle peut être faite aussi par un acte postérieur et authentique passé devant le même notaire ou devant un autre; mais dans ces derniers cas, il doit aussi en rester minute. « Les parents les plus proches et les amis les plus intimes sont exposés à vivre dans un grand éloignement. On a voulu prévenir cet inconvénient, en permettant l'acceptation par un acte postérieur », dit l'Exposé des motifs, n° 35. (Locré, p. 390.)

1873. « La donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès » (art. 932, alin. 1er). C'est là une application des principes généraux sur les conventions. Donc, avant l'acceptation, le donateur peut rétracter son offre et disposer comme il veut de la chose donnée.

« De longues controverses avaient eu lieu entre les auteurs », dit Bigot-Préameneu, « sur le point de savoir si le donateur doit avoir la liberté de révoquer la donation qui n'est pas encore acceptée. Les uns soutenaient que si l'on ne fixe point au donataire un délai dans lequel il ne soit plus admis à l'accepter, le donateur ne peut point lui ôter cette faculté en revenant contre son propre fait. Les autres pensaient que jusqu'à l'acceptation l'acte est imparfait, et ne saurait lier le donateur. Cette dernière opinion est juste; elle avait été confirmée par l'ordonnance de 1731 et elle est maintenue. » (Exposé des motifs, n° 35, Locré, p. 390, 391.)

L'acceptation doit nécessairement être faite *du vivant* du donateur; elle ne peut plus l'être après sa mort ni après la perte de sa capacité. (*Suprà*, n° 1752, A.) Elle doit aussi être faite du vivant du donataire; elle ne peut pas être faite par les héritiers de ce dernier; car l'offre de la donation lui confère un droit purement *personnel*.

1874. Mais, dans le cas où la donation est acceptée par un acte *postérieur*, il ne suffit pas qu'elle ait été *acceptée* et que l'acceptation ait été *constatée* par un acte authentique; il faut *en outre qu'elle ait été notifiée au donateur;* « mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié », dit l'article 932, alin. 2. La formalité de la notification a été proposée par la section de législation du Tribunat. (Observ., n° 25, Locré, p. 313.)

« Précaution sage », dit Jaubert, « qu'on ne trouve pas dans les anciennes lois, mais qui néanmoins est bien nécessaire pour empêcher que le donateur ne soit personnellement victime des transactions qu'il aurait faites dans la croyance qu'il n'était pas engagé. » (Rapp. au Tribunat, n° 42, Locré, p. 456.)

Avant d'avoir reçu la notification, le donateur peut donc révoquer sa donation et disposer de la chose donnée en faveur d'un tiers.

La loi ne prescrit pas la forme de la révocation, et il ne faut pas appliquer ici l'article 1035, qui détermine la manière dont un testament peut être révoqué. Elle peut donc avoir lieu expressément, par un acte authentique ou sous seing privé, ou tacitement, par exemple, par la destruction de la chose, ou par la dis-

position au profit d'un tiers. Elle ne doit pas, pour être valable, être portée à la connaissance du donataire.

1875. La notification ne peut plus avoir lieu après la mort ni après l'incapacité naturelle ou juridique qui a frappé le donateur. Ces deux questions sont controversées. La première est décidée par le texte de la loi : *lui* aura été notifié, dit l'article 932; ce qui est impossible après son décès. La seconde se résout par les principes. C'est la notification qui *lie* le donateur; mais, pour qu'il puisse être lié, il faut que sa volonté de s'engager ait perduré jusqu'au moment où l'engagement se forme; et si, à *ce* moment, il n'a plus de volonté, il ne peut se lier. (Voy. *suprà*, n° 1752.)

1876. La loi dit que la donation n'a d'effet *à l'égard du donateur* que du jour de la notification. Mais elle peut avoir de l'effet à l'égard du *donataire* et de ses ayants cause du jour de l'*acceptation*, pourvu qu'elle ait été suivie de la notification et qu'elle n'ait pas été révoquée dans l'intervalle. La notification a alors un effet rétroactif qui remonte au jour de l'acceptation. De là il suit :

1° Que si le donataire meurt *après l'acceptation*, la notification de la donation peut être faite par ses héritiers;

2° Que si, avant la notification, il a perdu la capacité d'*accepter* la donation, la notification peut être faite par ses représentants légaux, par exemple par son tuteur; mais la *capacité* de *recevoir* doit exister encore au moment de la notification (voy. *suprà*, n° 1753);

3° Que les créanciers du donataire peuvent aussi faire la notification;

4° Que si le donataire avait vendu, avant la notification, l'immeuble donné, cette vente serait valable. (Demolombe, n°s 140-145.)

1877. Comment la notification doit-elle être faite? En tous cas par un acte authentique, donc régulièrement par un exploit d'huissier. Toutefois cet acte peut être remplacé par un acte authentique passé entre le donateur et le donataire et qui constate que le donateur a eu connaissance de l'acceptation, ou même par la déclaration unilatérale du donateur, dans un acte authentique, qu'il en a eu connaissance, ou par la présence du donateur à l'acte d'acceptation. (Bordeaux, 14 nov. 1867, D., 1868, 2, 168; arg.

art. 1690.) Mais le fait que le donateur a eu cette connaissance ne peut être établi par un acte sous seing privé ni par un autre mode de preuve. Ce point est controversé. (Voy. Demolombe, nos 152-153.)

1878. Les donations faites par contrat de mariage ne peuvent être attaquées, ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation. Elles tombent sous la règle générale sur les conventions et sont valablement acceptées par la signature du contrat et par la célébration du mariage qui s'ensuit (art. 1087).

D'autres libéralités sont dispensées des formes, non-seulement de l'acceptation, mais de la donation. (Voy. les nos 1879 et suiv.)

II. DES LIBÉRALITÉS QUI NE SONT PAS SOUMISES AUX SOLENNITÉS DES DONATIONS.

1879. La loi dit que *tous actes portant donation* doivent être faits devant notaires, mais elle ne dit pas que *toutes les libéralités* doivent être faites par acte authentique. La loi et la doctrine admettent que certaines donations sont exemptes des formes solennelles prescrites par les articles 931 et 932, et qu'il y en a qui peuvent être faites sans aucun acte. La forme solennelle n'est pas requise dans les cas suivants :

1° Lorsque la libéralité au profit d'un tiers est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (art. 1121);

2° Lorsque quelqu'un fournit le prix d'une rente viagère qu'il constitue à titre gratuit au profit d'un tiers (art. 1973);

3° Lorsque le créancier renonce à sa créance en faisant au débiteur la remise du titre original sous seing privé ou de la grosse (art. 1282, 1283);

4° Lorsqu'on renonce à un droit et que cette renonciation profite à une autre personne par suite du droit d'accroissement, par exemple à une succession ou à un legs dont la part du renonçant accroît au cohéritier ou au colégataire, ou à un usufruit au profit du nu propriétaire. (Dijon, 14 avril 1869, D., 1869, 2, 189 et Cass. fr., 16 mars 1870, D., 1870, 1, 329; art. 786, 1043, 1044). A la rigueur, le renonçant ne fait pas une libéralité à *autrui*, mais il *abandonne* simplement un droit qu'il avait.

1880. 5° En cas de *don manuel*. Le don manuel est la tradi-

tion réelle d'un effet mobilier corporel, dans l'intention de faire une donation (*donandi animo*). Il faut que le donataire l'accepte dans cette intention.

L'ancienne jurisprudence avait toujours admis la validité des dons manuels. L'ordonnance de 1731 n'en fait pas mention; mais le chancelier d'Aguesseau interprétait l'article 1er de l'ordonnance, rédigé comme l'article 931 du code, en ce sens qu'il n'a pas d'application au cas de donation d'un meuble ou d'une somme modique.

Sous le code civil, qui ne mentionne pas non plus le don manuel, la doctrine est restée la même; elle invoque l'article 852, qui admet la validité des présents d'usage, dont on ne dresse pas d'acte; et l'article 868, qui suppose la validité d'une donation d'effets mobiliers, bien qu'elle n'ait pas été accompagnée d'un état estimatif, ainsi que l'article 948 le prescrit à peine de nullité.

On peut s'étonner que la législation française, si hostile aux donations, ait admis la validité des dons mobiliers d'une valeur illimitée affranchis de toute formalité. Cette anomalie s'explique historiquement. L'ancienne législation française tendait à conserver les biens dans les familles; c'est pourquoi elle défendait de disposer par testament de plus d'un cinquième des propres; mais par donation entre-vifs on pouvait disposer d'une quotité plus forte; c'est surtout pour ce motif qu'on entravait les donations entre-vifs. Mais les *immeubles seuls* étaient des propres; il n'y avait donc pas la même raison d'entraver les donations des meubles, dont la possession était réputée vile dans les temps anciens. D'Aguesseau ajoutait à l'interprétation qu'il donnait de son ordonnance la restriction que les dons manuels fussent *modiques*. Ainsi restreinte, l'exception se comprend. Aussi a-t-on soutenu souvent, sous le code civil, que l'exception devait être bornée aux dons modiques, thèse que les tribunaux rejetaient toujours et qui était inadmissible en présence de la rédaction de l'article 931. (Laurent, t. XII, n° 276.)

1881. Pour que le don manuel soit valable comme tel, il faut :

A. Que le donataire ait reçu la tradition *réelle* des choses données; c'est-à-dire qu'elles aient été transportées en la puissance et possession du donataire ou de *son* mandataire. Car, c'est ainsi que l'article 1604 définit la *tradition réelle*. (Voy. l'arrêt de Lyon

cité *infrà,* sous lettre D.) Une tradition *feinte,* opérée par le seul consentement, et qui laisse la chose donnée aux mains du donateur, ou bien la remise de la chose au *mandataire du donateur* pour être délivrée au donataire ne suffisent pas. Le *constitut possessoire* est donc inadmissible; mais la tradition peut s'opérer *brevi manu.*

B. Il faut que la possession du donataire soit d'une manière non équivoque à titre de propriétaire (arg. art. 2229).

C. Il faut que la chose soit *mobilière.* Les immeubles ne peuvent pas être objet d'un don manuel.

D. Le meuble donné doit être *corporel.* Les meubles incorporels (les créances) ne peuvent pas être donnés manuellement par la seule remise des titres; il faut, en outre, un acte de cession. Toutefois les choses incorporelles (les droits) qui sont représentées par un titre appelé *au porteur,* peuvent être données par la simple tradition du titre. (Nancy, 20 déc. 1873, D., 1875, 2, 6; Lyon, 2 mars 1876, D., 1876, 2, 142.) Il en est ainsi même dans le cas où le donateur s'en est réservé les revenus. (Dijon, 12 mai 1876, D., 1877, 2, 129.)

1882. 6° Lorsque la donation a été *déguisée* sous la forme d'un autre contrat, par exemple d'un contrat à titre onéreux, il suffit, d'après la jurisprudence généralement admise, que la donation ait la forme extérieure du contrat sous l'apparence duquel elle a été déguisée; par exemple, quelqu'un vend sous seing privé une maison pour cent mille francs, et donne quittance du prix, qui n'a pas été payé. La vente est simulée, il y a donation. Elle est valable par cela même qu'elle est déguisée sous un contrat à titre onéreux. Ainsi toutes les précautions prescrites par la loi dans l'intérêt du donateur lui-même, de ses héritiers et des tiers deviennent inutiles; elles peuvent être impunément violées par cela seul que les parties cachent leur intention. D'après l'opinion contraire, la donation n'est valable que si l'acte qui la renferme contient en même temps les formalités prescrites pour les donations.

La jurisprudence s'appuie :

1° Sur les traditions anciennes et le droit romain. Mais le droit romain ne peut être invoqué puisqu'il ne soumettait les donations à aucune forme spéciale. L'ancienne jurisprudence,

depuis l'époque où la donation fut déclarée être un contrat solennel, est tout au moins très-douteuse, surtout en présence de la doctrine de Pothier qui, au sujet d'une donation déguisée sous un contrat de vente dit : « Un tel contrat n'est pas une vente, mais une donation faussement qualifiée de vente, *laquelle doit être sujette à toutes les formalités des donations* » (*Tr. du contrat de vente*, n° 19).

2° Sur l'adage que l'on peut faire *indirectement* ce que l'on peut faire *directement*. (Cass. fr., 25 juillet 1876, D., 1878, 1, 123.)

Cet adage est faussement appliqué ici; car on ne peut pas faire directement un acte portant donation sans observer les solennités requises par la loi; donc on ne peut pas le faire indirectement. Or, un acte contenant une donation déguisée est un *acte portant donation*.

3° Sur des considérations morales et d'utilité. Cette doctrine prévient des procès, dit-on, qui ne reposent pas sur un intérêt légitime, puisque la simulation par elle-même ne viole le droit de personne. Elle a été souvent employée afin de ne pas exciter la jalousie dans la famille.

Ces considérations, en les supposant fondées, seraient une critique de la loi et un encouragement à la violer. D'ailleurs la loi a aussi ses motifs, et ils doivent prévaloir sur les raisons mises en avant pour la violer.

4° Enfin sur des textes du code, notamment sur les articles 853, 911, 918, 1099, qui admettent implicitement la validité des donations *indirectes*.

On en tire, surtout de l'article 911, l'argument *à contrario*, que parce que la loi déclare nulles les donations déguisées faites à un incapable, celles faites à une personne capable sont valables.

C'est une règle d'interprétation que l'argument *à contrario*, toutes les fois qu'il conduit à un résultat contraire aux principes généraux du droit, est sans valeur. Au surplus la loi, dans les articles où elle parle des donations déguisées, peut avoir en vue celles qui ne requièrent pas de solennités ou bien celles qui, tout en contenant une simulation, réunissent les formalités prescrites pour la donation, par exemple, une vente par acte notarié, expressément acceptée par l'acheteur, ou bien celles dont il sera question au numéro suivant.

La doctrine est divisée; dans les derniers temps, elle a encore énergiquement combattu la jurisprudence. (Voy. Demolombe, t. XX, nos 96-112; Laurent, t. XII, nos 302-306.) Dans notre sens se prononcent : Paris, 7 déc. 1871, D., 1872, 5, 149; Cass. fr., 23 mai 1876, D., 1876, 1, 254.

1883. Les auteurs qui combattent la jurisprudence reçue font cependant une distinction que nous croyons fondée.

Si l'acte à titre onéreux a pour but unique et principal de déguiser une donation, il est nul pour vice de forme. Mais lorsque le contrat à titre onéreux a effectivement le caractère qu'il se donne, et qu'il contient *accessoirement* une libéralité qui se combine avec le contrat principal, la libéralité est valable, *quant à la forme,* sauf, quant au fond, à y appliquer les règles sur la capacité, le rapport et la réduction. Par exemple, le vendeur, en vue de faire un avantage, a contracté une vente à des conditions très-onéreuses pour lui et très-favorables pour l'acheteur; ou bien, dans le même but, un des associés s'est contenté d'une part de bénéfices inférieure à l'importance de sa mise sociale, en attribuant à un autre associé une part supérieure à la valeur de son capital et de son travail. Ici la libéralité n'est pas nulle pour vice de forme, parce que dans le premier cas *il y a* vente, dans le second *il y a* société, et la forme requise pour ces deux contrats a été observée. Dans l'hypothèse du numéro précédent il *n'y avait point de vente,* mais donation pure. (Demolombe, nos 97, 98; Mourlon, t. II, p. 294, 295; Laurent, nos 302, 303.)

1884. 7° D'après la règle *Locus regit actum,* les actes de donation passés par des Français à l'étranger avec les formes usitées dans le pays où ils ont été faits sont valables, même relativement aux immeubles situés en France (arg. art. 47, 170, 999).

III. DE L'EFFET DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

A. *Des obligations du donateur et spécialement de la garantie.*

1885. Le donateur doit exécuter son contrat et il peut être poursuivi à cet effet par une action en justice. Il est débiteur des choses qui font l'objet de la donation, qu'elles soient fongibles,

comme par exemple une somme d'argent, ou qu'elles consistent en corps certains ou déterminés.

1886. En règle générale, le donateur n'est pas tenu de la garantie en cas d'éviction; car, comme dit Pothier, « il n'est censé donner la chose qu'autant qu'elle est à lui ». Le don de la chose d'autrui est nul; mais si le propriétaire la revendique, le donataire n'a pas de recours contre le donateur. Toutefois le donateur lui-même ne peut pas impugner son propre fait; il est tenu des troubles qui résultent d'un fait qui lui est personnel : il s'est obligé « *per se non fieri quominus rem habere liceat* ». C'est pourquoi il ne pourrait pas revendiquer si, par la suite, il devenait héritier du propriétaire de la chose donnée; il est censé avoir voulu transférer au donataire tous les droits qu'il pourrait avoir un jour sur cette chose. (Pothier, sect. III, art. I, § 1er.)

1887. Exceptionnellement, le donateur doit la garantie :

1° S'il l'a promise.

2° Si la donation a le caractère d'une convention à titre onéreux; c'est ce qui a lieu lorsqu'elle a été faite à titre de dot en faveur de mariage (art. 1440, 1547).

3° Si le donataire a payé, sans y être tenu, une dette personnelle du donateur qui grevait les biens donnés. Il est alors subrogé aux droits du créancier (art. 1251, 3°).

4° Si le donateur était en *dol,* c'est-à-dire s'il a donné sciemment une chose d'autrui, et que, par suite de ce don, il ait causé un préjudice au donataire *de bonne foi.* Il devrait alors restituer à ce dernier toutes les dépenses occasionnées par la donation, telles que le coût de l'acte, les frais de procès, les impenses faites sur la chose dont le donataire n'aurait pas pu obtenir le remboursement par le propriétaire revendiquant (art. 1382 et fr. 18, § 3, D., *De donationibus*, 39, 5 : « *Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumptus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere : plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit,* » dit Ulpien). Par la même raison il faut décider que le donateur sera tenu de la garantie des défauts s'il a sciemment donné une chose vicieuse.

B. *Des obligations du donataire.*

1888. Le donataire contracte envers le donateur une obligation de reconnaissance sanctionnée par l'article 955.

De plus, si la donation est faite avec une charge (*sub modo*), il doit l'exécuter (art. 954).

S'il s'est engagé à payer les dettes du donateur jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, il est tenu de remplir cet engagement sur ses biens personnels et même au delà de la valeur des biens donnés.

S'il s'est obligé à payer toutes les dettes présentes du donateur, il ne doit payer que celles qui ont une date certaine au jour de la donation. Ces règles sont incontestables.

1889. Mais, indépendamment de toute stipulation expresse, le donataire est-il obligé de payer les dettes du donateur ? Il faut distinguer deux cas :

1° La donation a pour objet des biens déterminés. Le donataire n'est pas tenu des dettes du donateur. Cela est indiscutable, même en supposant qu'il fût vrai que la position du donataire doit être assimilée à celle du légataire. Car, dans l'espèce, le don serait à titre particulier, et le légataire à titre particulier n'est pas tenu des dettes et charges de la succession (art. 871 et *suprà*, n° 1581).

1890. 2° La donation a pour objet l'universalité, ou une quote-part de tous les biens présents du donateur, par exemple, un tiers ou la moitié, ou tous les meubles, ou tous les immeubles.

Les textes romains se prononcent dans le sens que le donataire n'est pas grevé des dettes. (L. 15 et 22, C , *De donationibus*, 8, 54 ; fr. 72, D., *De jure dotium*, 23, 3.) La *donatio omnium bonorum* ne constitue pas une succession *per universitatem*. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, § 256, 1°, 4° édit., t. II, p. 405.)

Pothier enseigne que les donataires universels des biens présents sont tenus des dettes que le donateur devait lors de la donation, et que les donataires d'une partie aliquote sont tenus des dettes pour la même portion dont ils sont donataires, par la raison que les dettes sont une charge des biens et que *bona non in-*

telliguntur, nisi deducto ære alieno; mais qu'ils peuvent s'en décharger en abandonnant ce qui leur a été donné. (Sect. III, art. I, § II.)

A la fin de ses *Observations*, la section de législation du Tribunat indiqua la lacune du projet de code et exprima le désir que la question fût décidée conformément à la doctrine de Pothier. (Observ., n[os] 77, 78; Locré, p. 333.) Jaubert, signalant également la lacune, dit : « Après l'examen le plus réfléchi, votre section de législation a pensé qu'une explication plus étendue serait superflue »; puis il expose la doctrine de Pothier en citant par analogie l'article 1010. (Rapp. au Tribunat, n° 49; Locré, p. 459-460.)

Peut-on considérer l'opinion de Jaubert comme l'expression de la pensée du législateur ? Non; d'autant moins qu'elle est contraire aux principes. Car dans notre législation il n'y a qu'un mode de succéder dans le patrimoine *universel* d'une personne, c'est en cas de décès ; les héritiers, les successeurs irréguliers, les légataires universels ou à titre universel et les donataires universels par contrat de mariage sont les seules personnes qui succèdent dans l'universalité d'un patrimoine et qui en doivent supporter les dettes et charges dans la proportion de leur part héréditaire. Le donataire de tous les biens présents ou d'une quote-part de ces biens n'est pas un successeur à titre universel; il ne peut pas être assimilé au légataire universel ou à titre universel. Il est successeur à titre particulier, et en cette qualité il n'est pas tenu des dettes du donateur. (Zachariæ, Aubry et Rau, § 706; Demolombe, n° 454; Laurent, t. XII, n[os] 399-401, Cass. fr., 2 août 1870, D., 1871, 1, 278; Toulouse, 29 janv. 1872, D., 1873, 2, 111 et la note.)

1891. Le donateur peut, par convention particulière, ou comme une charge de la donation, imposer au donataire l'obligation de payer ses dettes présentes en tout ou en partie. La question de savoir si cette convention, qui, d'après les principes généraux, peut être expresse ou tacite, existe réellement, peut être une question de fait et d'interprétation à décider par le juge. Si cette convention existe réellement, les créanciers peuvent agir contre le donateur, qui aura son recours contre le donataire, ou bien directement contre ce dernier en vertu de l'article 1166.

Les créanciers du donateur peuvent aussi, le cas échéant, attaquer la donation par l'action paulienne ou révocatoire, comme conclue en fraude de leurs droits.

C. *De la transmission de la propriété.*

1. EN GÉNÉRAL.

1892. La donation dûment offerte et dûment acceptée opère transmission de la propriété de la chose donnée au donataire, conformément aux principes généraux sur l'effet des conventions (art. 711, 1138, 1583). L'article 938, portant : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'*autre tradition* » était donc inutile. Il s'explique historiquement. Quelques coutumes distinguaient entre la tradition *feinte*, qui consistait dans la déclaration de dessaisine que faisait le donateur en présence du donataire, et la tradition *réelle*, qui était la délivrance *effective*. Elles exigeaient, pour la validité de la donation, la tradition *réelle* (Voy. nº 1842.) Le code a aboli les anciennes règles et, par l'article 938, il applique aux donations son principe général sur la transmission de la propriété. Le sens des mots « sans *autre* tradition » est celui-ci : « sans tradition de fait », sans *autre* tradition que celle qui résulte du simple consentement. (Troplong, nº 1145.)

La propriété des *meubles corporels* se transmet aussi par le seul consentement. Les créances chirographaires se transfèrent par cession.

Quant aux immeubles, la loi exige encore une autre formalité, c'est la *transcription*.

2. DE LA TRANSCRIPTION.

a. *Introduction historique.*

1893. D'après le droit romain, toute donation mobilière ou immobilière excédant la somme de 500 *solidi* (environ 7,500 fr.) devait être inscrite sur un registre spécial et public, à peine de nullité entre le donateur et le donataire. L'inscription s'appelait insinuation (*insinuatio*). Cette publicité introduite d'abord par

l'usage, érigée en loi par l'empereur Constance Chlore, père de Constantin, étendue par ce dernier, et confirmée et modifiée par Justinien, avait le double but de fournir un moyen de preuve et d'empêcher que des donations importantes ne fussent faites sans mûre réflexion. (Maynz, 4e édit., § 253, note 31; § 254, note 10.)

L'insinuation fut reçue en France par une ordonnance de François Ier de 1539. D'après l'ordonnance de Charles IX de 1566, elle n'était plus nécessaire pour la validité de la donation *entre parties*, mais elle était prescrite dans l'*intérêt des tiers*. Le même principe est admis dans l'ordonnance de 1731, d'après laquelle le défaut d'insinuation peut être opposé au donataire par toutes personnes intéressées à la nullité de la donation, autres que le donateur lui-même.

L'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII prescrivit d'une manière générale que tous actes translatifs de propriétés immobilières, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, devaient être transcrits pour avoir effet à l'égard des tiers. Mais cette loi n'a apporté aucune modification aux règles sur l'insinuation, de sorte que, jusqu'à la promulgation du code civil, l'insinuation et la transcription ont existé l'une à côté de l'autre.

Le code n'a plus reproduit la nécessité de l'insinuation; elle fut considérée comme inutile après l'introduction de la transcription. (Séance du conseil d'État du 12 ventôse an XI (3 mars 1803), n° 21, Locré, p. 209-213.)

La transcription elle-même n'est requise que pour les *actes de donation*, et seulement lorsqu'ils ont pour objet des *biens susceptibles d'hypothèques* (art. 939).

Les donations mobilières ne sont soumises à aucune publicité.

La loi hypothécaire **belge** du 16 décembre 1851 et la loi **française** du 23 mars 1855 ont généralisé le principe de la transcription en l'appliquant à tous actes entre-vifs à titre gratuit ou onéreux translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Nous pouvons donc, pour plusieurs questions qui se présentent ici, renvoyer au titre des *Hypothèques*.

b. *Comment se fait la transcription et quel en est le but.*

1894. L'article 939 porte : « Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes con-

tenant la donation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés. »

Aujourd'hui, non-seulement les donations de biens *susceptibles d'hypothèques*, mais les donations de tous *biens immeubles* et de *droits immobiliers*, quand même ils ne seraient pas susceptibles d'hypothèques, par exemple celles de l'usage et de l'habitation, sont soumises à la transcription (loi **belge** du 16 déc. 1851, art. 1er ; loi **française** du 23 mars 1855, art. 1 et 2). En **Belgique** même les donations de créances mobilières mais garanties par une hypothèque doivent être rendues publiques par une inscription marginale dans les registres hypothécaires (même loi, art. 5).

La transcription se fait par la *copie littérale* de l'acte de donation sur un registre à ce destiné, appelé registre des *transcriptions*, et tenu par le conservateur des hypothèques.

La donation n'étant parfaite que par l'acceptation et la notification, la loi a dû prescrire également la transcription de ces deux actes dans le cas où l'acceptation se fait par un acte postérieur. C'était la proposition du Tribunat. (Observ., n° 29, Locré, p. 315.)

1895. Entre le donateur et le donataire, l'acte de donation est valable et produit tous ses effets par le consentement exprimé de part et d'autre dans la forme légale; dès lors la propriété est acquise au donataire à *l'égard du donateur*, qui ne peut plus la revendiquer. La transcription a pour but de porter la donation à la connaissance des *tiers*; à leur égard, le donataire n'est censé être propriétaire des choses données, qu'après la transcription, et les aliénations ou autres dispositions que le donateur en aurait faites avant la transcription seraient valables.

c. *Des personnes qui peuvent, et de celles qui doivent requérir la transcription.*

1896. *A*. Toute personne capable d'*accepter* une donation *peut* aussi en requérir la transcription; donc, le donataire majeur.

Mais la transcription n'étant qu'une mesure conservatoire d'un droit déjà acquis, elle peut également être requise par des personnes incapables d'accepter une donation, par le mineur, l'interdit et la femme mariée sans l'autorisation de son mari (art. 940, alin. 1er).

Nous croyons même que tout porteur de l'expédition authentique de l'acte de donation et des actes complémentaires peut en requérir la transcription, de même que tout porteur de l'expédition authentique d'un acte constitutif d'une hypothèque peut en demander l'inscription. (Code civil, art. 2148 ; loi belge du 16 déc. 1851, art. 83.)

Le créancier du donataire peut faire transcrire la donation en vertu de l'article 1166.

1897. *B*. La loi *oblige* certaines personnes à requérir la transcription :

1° Lorsque la donation est faite à des mineurs, à des interdits ou à des établissements publics, la transcription doit se faire à la diligence des tuteurs ou administrateurs (art. 940, alin. 2).

2° Les ascendants des mineurs ne sont pas *obligés* d'accepter une donation qui leur est offerte (*suprà*, n° 1865) ; mais nous croyons que l'ascendant qui *a accepté* une donation pour son descendant mineur est obligé de la faire transcrire, alors surtout que le tuteur en a ignoré l'existence.

3° « La transcription sera faite à la diligence du mari lorsque les biens auront été donnés à sa femme », dit l'article 940, alin. 1er. Cette disposition est trop générale. Il faut distinguer. L'obligation de demander la transcription n'incombe au mari que lorsque son contrat de mariage lui donne l'administration des biens de sa femme; autrement pas. Mais, dans cette hypothèse, il est tenu de requérir la transcription, quand même la femme aurait accepté la donation, à son refus, avec l'autorisation de justice.

Le curateur du mineur émancipé et le conseil judiciaire ne sont pas obligés de poursuivre la transcription; car le mineur émancipé et l'individu placé sous conseil administrent eux-mêmes. L'article 942 ne mentionne pas le curateur parmi les personnes responsables du défaut de transcription; si l'article 940 parle du *curateur*, il pense au *tuteur de l'interdit*, que le code appelle quelquefois, par inadvertance, *curateur*, nom qu'il portait sous l'ancien droit (voy t. I, nos 782, 783).

1898. Les personnes *obligées* de requérir la transcription sont responsables du défaut de transcription; elles doivent réparer le préjudice que ce défaut cause au donataire, lequel a un

recours contre elles ; sauf toutefois, à leur tour, le recours contre le donateur qui aurait encore disposé des biens donnés après la donation.

Mais les mineurs, les interdits, les femmes mariées, et, il faut ajouter, les établissements publics, ne seront point restitués contre le défaut de transcription des donations, pas même dans le cas où les tuteurs, maris ou administrateurs se trouveraient insolvables (art. 942). Le motif est le même que celui pour lequel ils ne sont pas restitués contre le défaut d'acceptation. (Voy. *suprà*, n° 1869.)

d. *Des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription.*

1899. L'article 941 énonce le principe : « Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes *personnes ayant intérêt*, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause et le donateur. »

Les personnes ayant intérêt sont incontestablement les *tiers*, c'est-à-dire toutes celles auxquelles, dans l'intervalle entre la donation et la transcription, le donateur a conféré des droits réels sur l'immeuble donné, donc le créancier hypothécaire et le second acquéreur, même le donataire postérieur. (Grenoble, 17 janvier 1867, D., 1868, 2, 17.)

Les créanciers chirographaires du donateur peuvent-ils aussi opposer le défaut de transcription ? La question est controversée. (Voy. t. IV, au titre *Des hypothèques*.)

1900. D'après le code, le tiers peut opposer le défaut de transcription, alors même qu'il a eu, par d'autres voies, connaissance de la donation. La jurisprudence est fixée en ce sens.

L'article 1er de la loi belge du 16 décembre 1851 dit qu'avant la transcription, les actes translatifs de propriété ne peuvent être opposés aux tiers qui ont contracté *sans fraude*. On se demande si la nouvelle loi hypothécaire doit entièrement régir la transcription des donations avec tous ses effets, ou bien, si les règles particulières du code sur cette matière sont encore en vigueur.

Il nous semble que l'article 1er de la loi de 1851 a apporté un changement virtuel à l'ancienne interprétation de l'article 941. Car il dit d'abord que tous actes entre-vifs à *titre gratuit* ou onéreux seront transcrits. Or, sous les actes à *titre gratuit* sont com-

prises les *donations*. Après avoir ainsi proclamé la nécessité de la transcription, la fin du premier alinéa dit : « Jusque-là, *ils* (c'est-à-dire les actes soumis à la transcription, donc aussi les *donations*) ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude. Donc, on peut les opposer aux tiers qui ont contracté *avec fraude*, c'est-à-dire *avec connaissance de la donation*; en d'autres termes, ces tiers ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. (Voy. Martou, *Hypoth.*, t. I, n° 70.)

1901. La défense faite à certaines personnes d'opposer le défaut de transcription est fondée sur les principes généraux de droit que nul ne peut tirer profit de sa propre faute ou négligence, et que nul ne peut impugner son propre fait, à raison duquel il est tenu à la garantie. Ne peuvent pas opposer le défaut de transcription :

1° Les personnes obligées de faire faire la transcription; elles ne peuvent profiter de leur négligence; d'ailleurs, elles sont tenues à la garantie;

2° Leurs ayants cause, soit à titre universel, soit à titre particulier; la loi ne distingue pas; ainsi, si le tuteur, qui n'avait pas fait transcrire une donation faite à son pupille, ou son héritier avait acheté du donateur l'immeuble donné, la vente serait nulle à leur égard;

3° Le donateur; il est garant de son propre fait (voy. n° 1886);

4° Les héritiers du donateur. Cette question est controversée, parce que, d'après l'article 27 de l'ordonnance de 1731, le défaut d'*insinuation* pouvait être opposé par les héritiers du donateur. Mais le code n'a pas pris pour bases en cette matière les règles sur l'insinuation; il a plutôt appliqué les principes de la loi du 11 brumaire an VII sur la transcription, et d'après ces principes, l'héritier de l'aliénateur ne peut pas opposer le défaut de transcription. D'après l'article 1122, l'héritier est tenu des faits de son auteur, à moins qu'il n'y ait une exception écrite dans la loi, qui manque ici. La jurisprudence et la doctrine se prononcent généralement en ce sens. (Troplong, n° 1177; Demolombe, n° 306.)

D. *De l'irrévocabilité des donations.*

1902. Le principe et les conséquences de l'irrévocabilité des donations ont été exposés aux n°s 1837-1847).

E. *Des donations avec réserve d'usufruit.*

1903. « Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles » (art. 949). En présence de l'article 899, cette disposition était inutile; car la propriété et l'usufruit sont deux biens distincts. Elle a été insérée dans le code parce que quelques anciennes coutumes entendaient la règle *Donner et retenir ne vaut* en ce sens, que le donateur ne pouvait pas même se réserver l'usufruit, et qu'il devait nécessairement faire la tradition réelle de la chose donnée. La disposition a le même but que l'article 938, c'est de prévenir un doute que l'ancien droit aurait pu soulever.

1904. L'article 950 détermine les obligations de l'usufruitier en ces termes : « Lorsque la donation d'effets mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui se trouveront en nature, dans l'état où ils seront; et il aura action contre le donateur ou ses héritiers, pour raison des objets non existants, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur aura été donnée dans l'état estimatif. » Cette disposition ne déroge pas aux principes généraux sur l'usufruit; elle doit être complétée par l'article 589 : les objets donnés doivent être restitués dans l'état où ils se trouvent, *non détériorés par le dol ou la faute* de l'usufruitier. Si ces objets ont péri par cas fortuit, l'usufruitier ou ses héritiers sont libérés. (Voy. *suprà*, nos 981, 982.)

Le donateur sous réserve d'usufruit n'est pas tenu de donner caution (art. 601, et t. Ier, n° 1002, 2°).

F. *De la donation avec stipulation de retour* (art. 951-952).

1905. « Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants » (art. 951, alin. 1er).

Il ne faut pas confondre ce retour, appelé *conventionnel* ou *réversion conventionnelle,* et qui est fondé sur une convention des

parties, avec le *retour légal*, qui est une véritable *succession ab intestat*. (Voy. *suprà*, nos 1325-1327.) Cette stipulation était déjà en usage chez les Romains. (L. 2, C., *De donationibus quæ sub modo*, 8, 55.)

C'est une donation sous une condition résolutoire. La stipulation de retour n'est pas contraire au principe de l'irrévocabilité des donations; car l'accomplissement de la condition de prédécès du donataire ou de ses descendants ne dépend pas de la volonté du donateur.

Le droit de retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur et non au profit de ses héritiers, ni d'un tiers (art. 951, alin. 2). Sous l'ancien droit, il pouvait être stipulé au profit des héritiers du donateur. La jurisprudence admettait même que l'exercice du droit de retour stipulé par le donateur passait de plein droit à ses héritiers. (Troplong, no 1263.)

D'après quelques jurisconsultes, une semblable convention devrait aujourd'hui être considérée comme renfermant une substitution prohibée et elle entraînerait la nullité de toute la donation. Nous avons démontré que c'est là une erreur, que la stipulation de retour au profit d'un tiers ou des héritiers du donateur est simplement une condition contraire à la loi et que, dès lors, elle doit être réputée non écrite. (Voy. *suprà*, no 1699; Bruxelles, 3 juillet 1866, P., 1868, 308.)

1906. Le droit de retour a lieu lorsque la condition résolutoire de la donation est accomplie; donc :

1° Après la mort du donataire, s'il a été stipulé pour le cas de prédécès du donataire, quand même il aurait laissé des enfants. Le donateur, tout en préférant le donataire à lui-même, se préfère aux enfants de ce dernier;

2° S'il a été stipulé pour le cas de prédécès du donataire et de sa postérité, ou de prédécès sans postérité, c'est à sa mort, s'il ne laisse pas d'enfants; ou, s'il en laisse, c'est après leur décès.

Dans ces deux derniers cas, l'existence d'un enfant *naturel* ou d'un enfant *adoptif* du donataire empêcherait-elle le retour? La négative est presque généralement admise. Toutefois, si l'adoption ou la reconnaissance de l'enfant naturel étaient antérieures à la donation, ce serait une question d'interprétation de la volonté du donateur. (Demolombe, nos 509, 510; Laurent, no 456.)

1907. Des effets du retour. Le retour est une condition résolutoire, mais il n'en produit pas tous les effets déterminés par l'article 1183; il ne remet pas les choses au même état que si la donation n'avait pas existé. L'article 952 se borne à dire que « l'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les *aliénations* des biens donnés et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de *toutes charges et hypothèques.* La résolution s'opère de plein droit par le seul accomplissement de la condition. Les tiers acquéreurs n'ont pas à se plaindre, parce qu'ils connaissaient la condition résolutoire (arg. des art. 856, 958, 962).

Mais le donateur a évidemment voulu faire un avantage au donataire; on ne peut pas supposer qu'il ait voulu l'empêcher de recueillir les fruits; il ne peut donc pas en demander la restitution aux héritiers du donataire, et, par la même raison, il faut ajouter qu'il ne peut pas attaquer les actes d'administration faits par le donataire. (Demolombe, n° 524.)

1908. La règle que le retour a pour effet d'entraîner l'extinction des hypothèques établies par le donataire souffre exception en ce qui concerne « l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le *cas seulement* où la donation lui aura été faite *par le même contrat de mariage* duquel résultent ces droits et hypothèques » (art. 952).

Cette disposition exceptionnelle n'était admise sous l'ancien droit que par le parlement de Toulouse, qui a rendu des arrêts en ce sens déjà au XVIe siècle. Mais l'exception fut considérée comme un privilége *personnel* de la femme qui ne passait pas à ses héritiers. Furgole, dans la 42e question sur l'ordonnance de 1731, est d'avis que le retour doit aussi entraîner la résolution de l'hypothèque de la femme. (Merlin, *Rép.*, v° *Réversion*, sect. I, § II, art. III.)

L'exception admise en faveur de la femme est fondée sur la présomption que celui qui fait une donation par contrat de mariage consent tacitement à ce que l'immeuble donné garantisse au moins *subsidiairement* (c'est-à-dire après discussion des autres biens du mari) les droits assurés à la future épouse par ce même contrat de mariage. Les parties peuvent sans doute convenir du contraire.

Cette disposition étant dérogatoire au principe de la rétroactivité des conditions, doit être strictement interprétée. Ainsi l'hypothèque ne garantit que la *dot* et les *conventions matrimoniales* résultant du contrat de mariage; mais la garantie hypothécaire ne s'étend pas aux autres causes de recours que la femme peut avoir contre son mari, par exemple à ses reprises, ni au recours qu'elle peut exercer à raison des obligations qu'elle a contractées pendant le mariage conjointement ou solidairement avec son mari dans l'intérêt de la communauté.

L'hypothèque réservée au profit de la femme, pour être valable à l'égard du *donateur*, n'a pas besoin d'être inscrite. (Voy. *infrà*, t. IV, au titre *des Hypothèques*.)

SECTION II.

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS (art. 953-966).

OBSERVATION GÉNÉRALE.

1909. Les trois cas de révocabilité des donations prévus dans cette section ne sont pas des exceptions à la règle *Donner et retenir ne vaut;* car la révocation, bien qu'elle ne puisse pas avoir lieu *contre* la volonté du donateur (excepté en cas de survenance d'enfants) ne dépend pas de *sa seule volonté*. Le mot *irrévocabilité* est pris ici dans un sens plus général.

La loi admet trois causes de révocabilité : 1° l'inexécution des conditions sous lesquelles la donation a été faite ; 2° l'ingratitude ; 3° la survenance d'enfants (art. 953).

I. DE LA RÉVOCATION POUR CAUSE D'INEXÉCUTION DES CONDITIONS.

1910. Le mot *condition* n'a pas ici le sens défini par l'article 1168, d'un événement *futur* et *incertain ;* il doit être traduit par *modus* ou *charge imposée au donataire*. Les donations contractées sous une véritable condition suspensive ou résolutoire produisent leur effet ou en sont complétement privées suivant que la condition s'accomplit ou qu'elle ne s'accomplit pas, con-

formément aux principes généraux sur les obligations conditionnelles.

La révocation a lieu pour cause d'inexécution des conditions, comme dans toutes les autres conventions bilatérales, en vertu du pacte commissoire tacite (art. 1184); car, par la charge imposée au donataire, la convention devient, en réalité, bilatérale. La révocation d'une donation à charge de rente viagère peut être révoquée pour défaut de payement des arrérages; ici ne s'applique pas l'article 1978. (Nancy, 22 fév. 1867, D., 1867, 2, 101.)

1911. En droit romain, le donateur pouvait demander la révocation pour cause d'inexécution des charges par deux actions : 1° Il pouvait, comme dans les contrats réels innomés, exercer le *jus pœnitendi* et répéter la chose donnée au moyen de la *condictio causa data causa non secuta*; l. 2, 3, 6, 8, C., *De condict. ob causam datorum*, 4, 6; 2° il pouvait demander la révocation pour cause d'ingratitude; car Justinien, dans la l. 10, C., *De revocandis donationibus*, 8, 56, range parmi les cas d'ingratitude l'inexécution des charges, peu importe qu'elles soient imposées au donataire par écrit dans l'acte de donation, ou verbalement. (Voy. Maynz, § 255, note 25; § 256, notes 15 et 16.) C'est aussi la doctrine de Pothier, avec cette modification que ce que la loi de Justinien dit des charges imposées *verbalement* n'était plus reçu en France après l'ordonnance de 1667 qui défendait la preuve testimoniale outre le contenu d'un acte écrit.

Il est à remarquer qu'en vertu de ces dispositions la révocation des *donations* pour inexécution des charges était toujours admise en France, même à l'époque où la jurisprudence n'avait pas encore généralement reçu le principe de l'article 1184 étranger au droit romain, et portant que le pacte commissoire est sous-entendu dans toutes les conventions synallagmatiques.

1912. La révocation pour cause d'inexécution des conditions n'a jamais lieu de plein droit; elle doit être demandée en justice (art. 1184, 956). Quand même les parties seraient convenues (ce qui est permis) que l'inexécution aurait l'effet d'une véritable condition résolutoire et qu'elle entraînerait de plein droit la révocation de la donation, le donataire devrait être mis en demeure, à moins qu'il ne fût spécialement stipulé que la révocation aurait lieu de *plein droit* par le *seul* effet de l'inexécution des charges,

sans aucune mise en demeure. Si la donation ne contient pas une de ces deux dernières stipulations, le donataire peut encore exécuter les clauses immédiatement après la sommation, et le juge peut même lui accorder un délai (arg. art. 1244).

1913. En règle, le créancier peut, en cas d'inexécution de l'obligation, demander contre son débiteur ou la résiliation ou l'exécution du contrat (art. 1184). (Laurent, t. XII, nos 489, 490.)

En est-il de même de la *donation?* La question était anciennement et est encore aujourd'hui controversée. Beaucoup d'auteurs sont d'avis que le créancier peut bien demander la *résolution de la donation*, mais non l'*exécution des charges*, et que le donataire peut toujours s'en affranchir en renonçant à la donation, par le motif que la donation est essentiellement un contrat de *bienfaisance* qui ne doit jamais devenir onéreux pour le donataire.

Cette question n'en est plus une en **Belgique**; car l'article 27, n° 3, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 accorde au donateur un privilége sur l'immeuble donné, pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides, imposées au donataire. Il peut donc agir en exécution des charges.

1914. La révocation peut être demandée par le donateur lui-même, par ses héritiers et par ses créanciers en vertu de l'article 1166. Elle peut être poursuivie contre le donataire et contre ses héritiers. C'est une action pécuniaire et non une action purement personnelle. L'action en résolution dure trente ans (article 2262).

La *demande* doit être transcrite conformément aux articles 3 et 84 de la loi hypothécaire **belge** du 16 décembre 1851.

1915. La révocation a tous les effets de la condition résolutoire; les biens rentrent dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, et le donateur a contre les tiers détenteurs des immeubles donnés tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même (art. 954). Le donataire et le tiers détenteur doivent restituer les fruits perçus. Le tiers ne peut pas se plaindre; car, en traitant avec le donataire, il a pu prendre connaissance des droits de ce dernier et des charges dont il était grevé.

II. DE LA RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE (art. 955-959).

A. *Motif et origine historique.*

1916. Le donataire doit de la reconnaissance au donateur; c'est un devoir moral en même temps qu'une obligation civile que la loi sanctionne et dont elle punit l'oubli.

1917. A Rome, les donations étaient irrévocables comme toutes les autres conventions. Déjà anciennement ce principe avait subi une exception pour les donations faites par un patron à son affranchi, lesquelles étaient *toujours révocables.* Plus tard, cette faculté illimitée de révoquer, qui était un des priviléges du patronat, fut restreinte à deux cas déterminés, au cas d'*ingratitude* de la part de l'affranchi envers le patron, et au cas où des enfants surviendraient au patron. (L. 1, C., *De revocandis donationibus,* 8, 56.) Toutefois, il est à remarquer que déjà du temps de Papinien l'ingratitude était également une cause de révocation des donations faites par *les père ou mère à leurs enfants*; fr. 31, § 1er, D., *De donat.*, 39, 5 (elle est de Papinien); l. 1, C., *Theodos. De revoc. donat.*, 8, 13, loi de Constance et Constant de 349, dans laquelle les empereurs, à l'occasion de ce droit de la part de la mère, disent : *Ita ut queri antiquo jure poterant.*

Par la loi 10, C., *De revocandis donat.*, 8, 56, de l'année 530, Justinien a déclaré *toutes* les donations révocables pour cause d'ingratitude. (Maynz, *Droit romain,* § 255, notes 17-21.) Les cas d'ingratitude sont au nombre de cinq, parmi lesquels ne se trouve pas le refus d'aliments.

La révocation pour cause d'ingratitude fut reçue par l'ancienne jurisprudence française dans les pays coutumiers comme dans les pays de droit écrit. Beaucoup de jurisconsultes pensaient même que l'énumération des cas d'ingratitude dans la loi 10, C., ne devait pas être restrictive; qu'il pourrait y en avoir d'autres qui devraient être laissés à l'arbitrage du juge; et, suivant le même système d'extension, les quatorze causes d'exhérédation du droit romain étaient généralement considérées comme autant de causes d'ingratitude lorsque la donation était faite par les père

ou mère à son enfant, nonobstant l'opinion contraire de Dumoulin. (Pothier, sect. III, art. III, § 1; Demolombe, n° 615.)

Les ordonnances royales avaient établi la peine de la révocation contre les enfants qui se mariaient sans le consentement de leurs père et mère. Édit de 1556, art. 2; Ordonn. de Blois de 1579, article 41. (Voy. t. Ier, n° 296.)

Chose assez étonnante, l'ordonnance de 1731 ne contient aucune disposition sur cette matière.

B. *Des causes d'ingratitude.*

1918. Il y a ingratitude dans trois cas (art. 955) :

1° *Si le donataire a attenté à la vie du donateur.*

La loi n'exige pas ici qu'il y ait eu *condamnation*, comme elle l'exige pour qu'il y ait indignité de succéder (n° 1283). Donc, la révocation peut avoir lieu même après la prescription de l'action *criminelle*.

2° *S'il s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits, injures graves.*

Les *sévices* sont des actes de cruauté, de mauvais traitements personnels de toute nature, des voies de fait.

Les *délits* sont les faits punis par la loi pénale, qui portent atteinte à la sûreté, à la propriété et à l'honneur de la personne.

Les *injures* sont des paroles, écrits, ou faits outrageants, par lesquels on attente à l'honneur et à la dignité d'une personne. (Voy. t. Ier, n° 402.)

Pour que ces faits soient une cause de révocation de la donation, il faut :

A. Qu'ils présentent un certain caractère de *gravité*, la loi le dit. C'est une question d'appréciation des tribunaux.

B. Qu'ils puissent être *imputés* à leur auteur. Ainsi, s'ils sont commis par un dément, ou dans un moment où celui qui en était l'auteur n'avait pas l'usage de ses facultés, ils n'entraînent pas la révocation. Mais la *minorité* n'est pas un obstacle absolu à l'imputabilité (arg. art. 1310). Il faut examiner si le mineur a agi avec discernement ou non.

L'injure grave faite à la mémoire du donateur doit aussi être

une cause de révocation (arg. art. 1046, 1047). Pothier, *l. c.*, § II, à la fin.

Mais le défaut de dénonciation du meurtre du donateur ne peut pas être considéré comme une injure à sa mémoire (article 727, 3°, et *suprà*, n° 1286). C'est aux *parents* (héritiers) que la loi impose ce devoir de dénonciation.

1919. 3° *S'il lui refuse des aliments.* Cette cause ne se trouve pas dans la loi romaine. Plusieurs anciens jurisconsultes l'ont admise par la raison que les lois ne permettent pas au donataire d'exiger du donateur ce qui lui a été donné, s'il ne reste pas au donateur de quoi fournir à ses aliments. Ce dernier jouit de la faveur appelée *beneficium competentiæ.* Si le donataire est astreint à ce devoir naturel de reconnaissance *avant* l'exécution de la donation, il y est astreint à plus forte raison après l'accomplissement de la donation; « c'est pourquoi, » dit Pothier, « c'est un sentiment fort plausible que d'admettre le donateur à demander des aliments au donataire, *si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il possède des choses données.* » (Sect. III, art. III, § 1.) Plusieurs anciens jurisconsultes étaient d'un avis contraire. Le code a suivi Pothier. Pour que la révocation puisse avoir lieu pour ce motif, il faut :

A. Que le donateur soit dans le besoin;

B. Qu'il n'ait pas de parents ou alliés, à qui il ait le droit de demander des aliments (art. 203-205 et t. I[er], n° 373; Zachariæ, § 708) Duranton, n° 558, est d'un avis contraire; il admet l'obligation alimentaire du donataire alors même qu'il existe d'autres parents ou alliés tenus de cette obligation. Mais cette opinion peut conduire à la révocabilité des donations. Toutefois, il faut admettre que c'est aussi une question de fait et de circonstances. Le donateur pourrait s'adresser directement au donataire, s'il ne pouvait momentanément rien obtenir de ses parents.

Pour fixer la quotité des aliments, il faut prendre pour base, non la fortune du donataire, mais l'*importance des biens donnés.*

1920. L'énumération des cas d'ingratitude est *limitative.*

Les cas d'ingratitude sont plus étendus que ceux d'indignité (art. 727 et *suprà*, n[os] 1282,-1286). La loi admet plus facilement la révocation des donations que l'exclusion d'une succession, d'abord parce que la donation change l'ordre légal de la succes-

sion, et que la révocation de la donation est un retour à cet ordre; ensuite, parce que le donataire tient ses droits du donateur, auquel il doit, pour ce motif, de la reconnaissance, tandis que l'héritier tient son droit de la loi, et qu'il ne doit en être privé que pour des motifs graves. Ces raisons ne sont pas à l'abri de la critique; mais il est difficile d'en trouver d'autres; le législateur lui-même n'en donne pas. (Demolombe, nos 618, 619.)

C. *Par qui et contre qui la révocation peut être demandée* (art. 957).

1921. I. Par qui peut-elle être demandée?

1° La révocation peut être demandée par le donateur lui-même.

2° Ses héritiers peuvent *continuer* une action par lui *intentée*.

3° Contrairement au droit romain, qui considérait cette action comme purement personnelle (*vindictam spirans* : l. 7, C., *De revocat. don.*, 8, 56). Les *héritiers* du donateur peuvent *intenter* l'action lorsque le donateur est décédé dans l'*année du délit*, mots qui doivent être ainsi entendus : si le donateur est décédé avant l'expiration de l'année à compter du jour où il a eu connaissance du fait d'ingratitude.

Sous le terme *héritiers* il faut également comprendre les autres successeurs à titre universel du donateur, parce qu'ils trouvent l'action révocatoire dans son patrimoine. (Comp. t. Ier, n° 532; Demolombe, n° 690). La question est controversée. Quelques auteurs n'accordent le droit d'*intenter* et le droit de *continuer* l'action qu'aux héritiers proprement dits.

Ni les créanciers du donateur ni ceux de ses héritiers ne peuvent intenter l'action.

1922. II. La révocation peut être demandée seulement contre *le donataire* personnellement, et non contre ses héritiers (art. 957, alin. 2); car c'est une *peine* qui ne doit être appliquée qu'au coupable.

1923. Mais la demande formée contre le donataire pourrait-elle, après son décès, être *continuée* contre ses héritiers? La question est très-controversée. La plupart des auteurs se prononcent pour l'affirmative, se fondant sur la maxime : *Omnes actiones quæ morte pereunt aut tempore, semel inclusæ judicio, salvæ permanent;*

fr. 139, pr.; D., *De R. J.*, 50, 17; Zachariæ, § 708, note 17; Laurent, t. XIII, nº 30). Pothier enseignait la même doctrine sous l'ancien droit; *l. c.*, § IV.

Les partisans de l'opinion contraire se fondent surtout sur la rédaction de l'article 957, alinéa 2, et sur une espèce d'argument *à contrario* résultant de ce que la loi admet les héritiers du *donateur* à poursuivre la révocation si l'action a été *intentée* par leur auteur; tandis que la *première* règle énoncée dans cet article : « que la révocation ne pourra être demandée *par le donateur contre les héritiers du donataire* ne subit *aucune restriction*, pas même dans le cas où l'action avait déjà été intentée contre le donataire. (Demolombe, nº 679.)

Nous ne croyons pas que l'on puisse trouver dans la rédaction de l'article 957, alinéa 2, une preuve suffisante que le législateur a voulu déroger à une règle généralement admise sous l'ancien droit.

D. *Dans quel délai la révocation peut être demandée.*

1924. Sous l'ancien droit, il y avait beaucoup de controverses sur ce point. D'après quelques auteurs, le délai était de trente ans ; d'après d'autres, de dix ans ; d'après d'autres encore, c'était le délai de la durée de l'action criminelle à laquelle le fait d'ingratitude avait donné lieu ; et d'après le statut normand, l'action en révocation était admissible pendant toute la vie du donateur et du donataire. (Demolombe, nº 660.)

Le code a mis un terme à ces controverses en fixant le délai à *une année*, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour où le délit a pu être connu par le donateur. Si le donateur qui a connu l'ingratitude n'a pas agi dans ce délai, il est censé avoir pardonné l'injure et avoir renoncé à son action.

Par la même raison, l'action serait éteinte si le donateur avait expressément ou tacitement pardonné l'injure avant l'expiration de l'année, par exemple par l'exécution volontaire de la donation. L'action en révocation serait éteinte quand même l'action criminelle subsisterait encore.

1925. Les héritiers du donateur ont le même délai. Toute-

fois, si le fait d'ingratitude avait été connu du donateur, et que celui-ci fût décédé avant l'expiration de l'année, ses héritiers devraient intenter la demande avant l'expiration du temps qui restait encore à courir lors du décès de leur auteur pour parfaire l'année pendant laquelle il aurait lui-même dû l'intenter.

E. *Des donations auxquelles s'applique la révocabilité pour cause d'ingratitude.*

1926. Cette règle s'applique à *toutes* les donations; donc aussi à celles qui ont été faites *sous certaines charges*, sauf au donataire à se faire indemniser par le donateur des charges qu'il a exécutées. Elle s'applique également aux *donations rémunératoires*, sauf à examiner si la donation mérite vraiment ce nom ou si elle ne constitue pas plutôt le *payement* d'une dette ou d'une obligation naturelle (art. 1235). Enfin elle s'applique aussi aux *donations mutuelles* ou *réciproques*, peu importe qu'elles aient été faites par le même acte ou par deux actes distincts. La donation peut, dans ce cas, être révoquée contre le donataire *ingrat*, sans que ce dernier ait le droit de révoquer celle qu'il a faite à l'autre partie, autrement l'ingratitude resterait impunie. Toutefois, il faut bien examiner si les parties n'ont pas *improprement* qualifié de donation l'acte à *titre onéreux* par lequel elles ont aliéné leurs biens l'une au profit de l'autre. La *remise de la dette*, dans l'intention de faire une libéralité au débiteur, est aussi sujette à révocation. (Pothier, *l. c.*, § III; Demolombe, n°s 654-658.)

1927. La loi admet une *exception* formelle pour les *donations en faveur de mariage*, peu importe qu'elles soient faites dans le contrat de mariage ou par acte séparé. « Les donations faites en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude », dit l'article 959. Cette exception, qui n'existait pas sous l'ancien droit (Pothier, *loc. cit.*, § III), est une conséquence de la nature même de la révocabilité, par laquelle la loi veut punir l'ingrat *personnellement*. Les donations en faveur de mariage sont des libéralités faites non-seulement au profit du *donataire*, mais aussi dans l'intérêt de son conjoint et de ses enfants à naître. La révocation, en les atteignant, frapperait donc au delà de son but. Ce sont des traités, en vue desquels l'union des deux familles s'est

formée. « Le délit du donataire ne doit pas autoriser l'annulation d'un acte sous la foi duquel une nouvelle famille s'est formée », dit le rapport au Tribunat, n° 54. (Voy. aussi Exposé des motifs, n° 50, et Favard, Discours, n° 3, Locré, p. 397, 464, 501.)

1928. L'exception de l'article 959 s'applique-t-elle aussi aux donations que les époux eux-mêmes se sont faites avant le *mariage* ou par contrat de mariage? La question est très-controversée. (Voy. t. Ier, nos 491-493.) Nous avons admis que les articles 299 et 300 s'appliquent à la séparation de corps comme au divorce (n° 493). Mais, indépendamment de la séparation de corps, nous croyons que les donations que les époux se sont faites rentrent dans la règle générale de la *révocabilité*, et non dans l'exception de l'article 959.

L'opinion contraire invoque surtout le texte et la généralité des termes de l'article 959, et l'article 960, qui appelle aussi donations en faveur de mariage celles faites par les *conjoints l'un à l'autre*. Mais à cet argument on répond avec raison que par les mots *donations en faveur de mariage*, ou *en faveur des époux*, ou même par *contrat de mariage*, le code ne désigne *ordinairement* et *le plus souvent* que celles qui sont faites aux époux par des *tiers* (voy. art. 1081-1090), tandis qu'il appelle *donations entre époux* celles que les époux se sont faites par le *contrat de mariage ou pendant le mariage*.

Ensuite, notre opinion est plus conforme à l'*esprit* de la loi. L'ingratitude entre les époux est aussi odieuse, même plus odieuse que celle venant d'un donataire étranger. De plus, aucun des motifs allégués au n° 1927 pour l'irrévocabilité des donations en faveur de mariage ne s'applique aux donations entre époux. Car la révocation ne nuit ni à l'époux innocent, puisque c'est lui-même qui révoque, ni aux enfants nés du mariage, puisqu'ils retrouveront dans le patrimoine de l'époux innocent et donateur les biens qu'ils auraient autrement trouvés dans le patrimoine de l'époux ingrat. Voy. au surplus les raisons données au t. Ier n° 493, qu'on invoque aussi pour la révocabilité, notamment l'art. 1518. (Voy. en ce sens Troplong, nos 1348-1356 ; Demolombe, t. IV, n° 528 ; Demante, *Cours analytique*, t. IV, n° 102 *bis*, I et II ; Martou, Dissertation dans la B. J., t. 18, 481 et suiv. ; 597 et suiv. ; Laurent, t. XIII, nos 21, 22; cass. fr., 17 fév. 1873 et 16 fé-

vrier 1874, D., 1873, 1, 483; 1874, 1, 197. En sens *contraire* Bruxelles, 10 juillet 1865, B. J., t. 23, 916 et la note).

1929. Il résulte de notre solution que l'époux *donateur*, contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcé, pourra aussi révoquer la donation contre son conjoint donataire, si ce dernier se rend coupable d'ingratitude, même après la prononciation du divorce ou de la séparation de corps. (Voy. t. Ier, n° 492.)

F. *Des effets de la révocation.*

1930. La révocation n'a jamais lieu de plein droit; elle doit être demandée en justice (art. 956). Le juge doit apprécier les faits reprochés au donataire sous le double rapport de la gravité et de l'imputabilité. De plus, le donateur seul a le droit de choisir, s'il veut pardonner l'offense ou la venger. Les effets de la révocation remontent au jour de la demande. Le donataire doit restituer la valeur que les objets qu'il a aliénés avaient au jour de la demande, peu importe qu'il se trouve encore enrichi ou non, qu'il les ait aliénés à titre gratuit ou onéreux, et les fruits sont dus à compter du même jour (art. 958, alin. 2).

1931. L'effet de la révocation n'a pas lieu contre les tiers, parce que c'est une peine qui ne doit atteindre que l'auteur du méfait (art. 958). De plus, les tiers, en examinant le titre de la donation, n'ont pas pu prévoir la révocation comme ils ont pu la prévoir dans le cas où la donation a été faite avec charges.

« La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939 » (art. 958, alin. 1er, *suprà*, nos 1893 et suiv. et loi hyp. belge du 16 déc. 1851, art. 3, 4, 84).

1932. Toutefois, les droits acquis par les tiers sur la chose donnée *postérieurement à l'inscription* de la demande viennent à tomber.

Si le donataire n'a pas fait transcrire la donation, le donateur peut lui-même requérir cette transcription au moment où il in-

tente sa demande, ou bien, s'il n'en veut pas avancer les frais, il peut se borner à faire inscrire *sa demande* sur le registre courant des transcriptions. C'est un moyen suppléé par la pratique.

La transcription n'est prescrite que si la donation a eu pour objet des biens susceptibles d'hypothèques. Si elle est mobilière, les effets de la révocation remontent au jour de la demande, mais sauf l'application du principe : *En fait de meubles, la possession vaut titre*. Donc, il n'y a pas de recours contre les tiers pour les meubles vendus.

Si une *créance* a été donnée, le donateur peut faire notifier sa demande en révocation à son ancien débiteur, lequel, dès lors, ne pourra plus payer entre les mains du donataire. Suivant quelques jurisconsultes, la signification du transport faite au débiteur par le donataire postérieurement à la demande en révocation, serait nulle, même indépendamment de toute publicité ou notification de la demande de révocation. (Zachariæ, § 708, note 24.) Cette opinion nous paraît contraire à l'article 1240 du code.

III. DE LA RÉVOCATION POUR CAUSE DE SURVENANCE D'ENFANTS (art. 960-966).

A. *Origine historique et motif.*

1933. En droit romain, le principe de l'irrévocabilité des donations avait déjà anciennement reçu une exception pour les donations faites par un patron à ses affranchis, lesquelles étaient *toujours* révocables. Cette faculté de révoquer fut plus tard restreinte à *deux cas* déterminés, savoir au cas d'ingratitude de la part de l'affranchi et au cas où des enfants surviendraient au patron. (Maynz, *Dr. rom.*, § 255, notes 17-21. L. 8, C., *De revocandis donationibus*, 8, 56. *Si unquam*, etc.) La jurisprudence, non sans contradiction, et quelques coutumes, par exemple celles du Nivernais, XXVII, 13; du Bourbonnais, 225; de Normandie, 449, ont étendu cette cause de révocation à *tous les cas* de survenance d'enfants. Ce qui, dans le principe, était un privilége du patron romain est devenu plus tard le droit commun. L'ordonnance de 1731, articles 39-46, dont les articles 960-966 du code sont une reproduction presque textuelle, a maintenu cette généralisation,

et détaillé les règles sur la révocation. Les interprètes de l'ancien droit sont le meilleur commentaire du code civil en cette matière.

1934. « La raison de cette révocation est », dit Pothier, « que celui qui n'ayant pas d'enfants fait une donation ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants; que s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas; d'où l'on a tiré la conséquence que la donation devrait être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de la révocation en cas de survenance d'enfant » (*Donat.*, sect. III, art. II). Cette présomption est tellement forte, qu'elle ne peut pas être détruite par une déclaration contraire ou par une renonciation à la révocation faite par le donateur dans le contrat de donation. Semblable renonciation est nulle (art. 965). D'ailleurs, si elle était valable, elle deviendrait de style. La loi ne veut pas que la survenance d'enfants puisse inspirer au donateur des regrets d'avoir donné.

D'après le projet de la commission de rédaction, la survenance d'enfants ne devait plus opérer la révocation de la donation, mais seulement la réduction à la quotité disponible, à cause des inconvénients d'une propriété trop longtemps suspendue (art. 68 du projet).

Le conseil d'État rétablit l'ordonnance de 1731. (Voy. séance du 19 ventôse an XI (10 mars 1803), n° 13, Locré, p. 227-230.)

B. *Conditions requises pour la révocation.*

1935. 1° Le donateur ne doit pas avoir d'enfants ou de descendants *vivants au moment de la donation*. L'article 960 porte :

« Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient *point d'enfants* ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur du mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, *s'il est né depuis* la donation. » Les donations indirectes et déguisées tombent

aussi sous cette règle. (Lyon, 7 avril 1870, D., 1871, 2, 187; Aix, 11 mars 1874, D., 1875, 2, 28.)

L'enfant *conçu* au moment de la donation n'est pas considéré comme un enfant *actuellement vivant*, et sa naissance n'empêche pas la révocation (art. 961). Cette disposition a deux motifs : d'abord l'enfant à naître n'est considéré comme *déjà né* que lorsqu'il s'agit de son *avantage*. *Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de ejus* COMMODO *agitur*. Ensuite, on présume que la personne dont l'enfant n'est pas encore *né* n'a pas encore senti toutes les joies de la paternité ou de la maternité, et qu'elle n'eût pas donné si elle avait éprouvé ce sentiment.

La révocation a lieu, quand même il ne se serait pas écoulé 180 jours depuis la célébration du mariage, et le donataire n'est pas recevable à prouver que le donateur n'est pas le père de l'enfant. (Agen, 6 avril 1869, D., 1874, 5, 172.)

Il résulte de la règle que la donation faite par celui qui n'avait qu'*un* enfant au moment de l'acte n'est pas révoquée par la survenance d'un second enfant.

Il faut un enfant *légitime*. L'existence d'un *enfant naturel*, même *reconnu* au moment de la donation, ne fait pas obstacle à la révocation s'il survient un enfant légitime. Cette solution, conforme à l'ancien droit, résulte de la fin de l'article 960. (Aix, 11 mars 1874, D., 1875, 2, 28.)

1936. Il y a controverse sur le point de savoir s'il faut considérer comme *sans enfant* le donateur dont l'enfant unique était *absent* au moment de la donation.

D'après le texte de la loi, il faut répondre *négativement* et dire que, dans ce cas, la survenance d'un autre enfant n'entraîne pas la révocation de la donation.

Mais l'opinion de ceux qui en font une question de fait et qui donnent au magistrat un pouvoir appréciateur des circonstances dans lesquelles l'enfant a disparu, semble plus conforme à l'esprit de la loi. Le donateur doit être censé avoir été sans enfants si les circonstances sont de nature à lui faire croire que l'enfant était décédé; et, en ce cas, pour être conséquent, il faut admettre que le retour de l'absent opère aussi la révocation de la donation.

1937. 2° Il faut qu'il survienne au donateur un enfant *légitime*, même posthume, ou un enfant naturel *légitimé*, né depuis

la donation. Une adoption postérieure à la donation n'en opère donc pas la révocation. La légitimation postérieure à la donation d'un enfant naturel né *antérieurement* ne peut pas opérer la révocation; car, autrement la loi aurait donné plus de faveur à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime, dont l'existence ne donne lieu à la révocation qu'autant qu'il naît *après* la donation. (Observ. du Trib., n° 40; Rapport au Tribunat, n° 51, Locré, p. 319, 462.)

Pour opérer révocation il faut que l'enfant naisse *vivant* et *viable*.

La survenance d'un *petit-enfant* opère aussi révocation. Exemple : la donation a eu lieu après le décès du fils marié. Dans les trois cents jours de son décès, sa veuve accouche d'un enfant. La donation est révoquée.

C. *Des effets de la révocation.*

1938. Au conseil d'État, Tronchet avait proposé de décider que la révocation n'aurait pas lieu de *plein droit*, mais que le donateur aurait *la faculté* de la demander. Le législateur a préféré s'en tenir à l'ancien droit. (Locré, p. 229.)

La révocation a donc lieu de plein droit, et *in rem ex tunc*, contre les tiers comme par l'effet de la condition résolutoire, même à l'insu et contre la volonté du donateur, et sans demande en justice. Son effet est donc plus absolu que l'effet de la révocabilité pour inexécution des conditions (art. 962-964). Elle peut être invoquée par toute personne intéressée. Lorsque la donation a été faite en faveur de mariage et par contrat de mariage, les biens donnés ne restent pas affectés de l'hypothèque pour sûreté des conventions matrimoniales de la femme du donataire, stipulées dans le même contrat de mariage. « Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit », porte l'article 963, « rentreront dans le patrimoine du donateur, *libres de toutes charges* et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme de ce donataire, de ses reprises ou autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu quand même la donation aura été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le

contrat, et que le donateur serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage. »

Suivant quelques jurisconsultes, le *cautionnement même* resterait valable dans ce dernier cas, vis-à-vis de la femme, sauf au donateur à exercer son recours contre le donataire, et sauf à opposer le bénéfice de discussion (art. 2021 et suiv.). Mais cette opinion n'est pas fondée. Le cautionnement pourrait alors renfermer une donation indirecte, et quelle que soit la *forme* de la donation, la loi ne veut pas qu'elle échappe à la révocation (art. 960, 965). C'est aussi l'opinion de Pothier.

« La donation demeurera pareillement révoquée lors même que le donataire serait entré en possession des biens donnés et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant » (art. 962, alin. 1er).

1939. La loi déroge aux règles sur l'effet de la condition résolutoire en ce qui concerne les *fruits*, de quelque nature qu'ils soient. Le donataire a le droit aux fruits perçus ou qu'il aurait dû percevoir, par exemple dans le cas où le donateur se serait indûment maintenu ou mis en possession des biens donnés, depuis la donation jusqu'au moment où la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent a été *notifiée* au donataire par exploit ou autre acte en bonne forme. La connaissance accidentelle que le donataire aurait eue de la naissance de l'enfant ne le soumettrait pas à la restitution des fruits; l'article 549 n'est pas applicable ici. Mais, à partir de cette notification, les fruits devront être restitués quand même la *demande* pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement à cette notification (art. 962). En cas de révocation pour ingratitude, les fruits ne sont dus qu'à partir du jour de la demande (art. 958, alin. 2).

Ces règles s'appliquent aussi aux tiers détenteurs des biens donnés.

1940. « Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposi-

tion » (art. 964). Ainsi, la donation demeure révoquée quand même l'enfant survenu n'aurait vécu qu'un instant.

La donation *tout entière* est révoquée. Le législateur a rejeté la proposition de ne déclarer la donation révoquée que jusqu'à concurrence de la quotité disponible, parce que la révocation n'empêchera pas le donateur de donner, par un nouvel acte, la portion disponible, s'il en a eu l'intention, malgré la survenance d'enfants. (Discours du tribun Favard, n° 9, Locré, 501.)

1941. La révocation a lieu dans l'intérêt du donateur comme père des enfants qui lui sont survenus, et indirectement dans l'intérêt de ces derniers. « La loi a voulu subvenir au défaut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants », dit Pothier, « et qui se persuadent trop facilement qu'ils n'en auront point. » Elle n'a lieu dans l'intérêt des enfants qu'indirectement si le donateur ne dispose pas de nouveau des mêmes biens.

D. *De la prescription de l'action en révocation* (art. 966).

1942. L'article 966 porte : « Le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfant, qu'après une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance *du dernier enfant* du donateur, même posthume; et ce, sans préjudice des interruptions, telles que de droit. »

C'est une prescription particulière dont les règles s'écartent en plusieurs points de la prescription ordinaire; d'abord, en ce qu'elle ne commence, soit au profit du donataire, soit au profit du tiers détenteur, que du jour de la naissance du *dernier* enfant, au lieu de commencer au jour de la naissance du *premier*, moment où l'action en restitution est ouverte (*actio nata*); en second lieu, en ce que l'usucapion au profit du tiers détenteur ne peut pas s'accomplir par dix ou vingt ans.

Les règles de la *suspension* s'appliquent aussi à cette prescription. (Voy. t. IV, au titre des *Prescriptions*.)

E. *Exceptions de la règle de la révocabilité pour survenance d'enfants.*

1943. L'article 960 comprend dans sa généralité toutes espèces de donations. (*Suprà*, n° 1935.) Toutefois sont exceptés de la révocation :

1° Les petits présents d'usage et de circonstance, et on peut dire toutes les donations que le donateur n'a faites que sur ses revenus, et qui ne sont pas sujettes au rapport (*quia lautius vixisset*) (arg. art. 852, *suprà*, n° 1544, et Pothier).

Il faut en dire autant de la donation rémunératoire lorsqu'elle n'est qu'*une simple dation en payement*, que la valeur de la chose donnée n'excède pas celle des services rendus et que le donataire avait action contre le donateur pour réclamer le prix de ces services. (Gand, 10 déc. 1874, P., 1875, 173 et la note.)

1944. 2° Les donations faites entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage (art. 960 et 1096, alin. 3), parce que le mariage se contracte dans la prévision d'enfants à naître. Pothier donne pour raison « qu'il est indifférent aux enfants à naître de trouver les biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du donataire ». (Sect. III, art. II, § I.) Ce motif n'est pas toujours vrai. Car l'exception dont il s'agit ici s'applique non-seulement au cas où il naît des *enfants du mariage même* en vue duquel la donation a été faite, mais aussi au cas où le donateur, resté veuf et sans enfants de son premier mariage, a eu des enfants d'un second mariage. La loi ne distingue pas. Dans ce dernier cas, la donation faite au premier conjoint ne serait pas révoquée, et les enfants du second lit ne trouveraient pas les biens dans la succession du donataire.

Selon d'autres, le principal motif de cette exception, c'est la faveur de la *qualité du conjoint*, faveur qui permet de supposer au conjoint donateur l'intention de préférer son conjoint même à sa postérité. (Demante, n° 103 *bis*, VI.) Mais ce motif ne résiste pas non plus à l'analyse, puisque, dans le cas dont il s'agit ici, l'époux donataire est mort et ne peut plus profiter de la donation.

Quelques auteurs sont d'avis que, dans cette hypothèse, la

révocation devrait avoir lieu. Mais cette opinion est trop contraire au texte de l'article 960 pour être admise. (Voy., en ce sens, Demolombe, nos 771, 772.)

1945. L'article 960 excepte les donations faites par les *ascendants aux conjoints*. Mais ce cas ne tombe pas sous la règle de la révocabilité; car un *ascendant* a un *descendant*, donc un *enfant*.

Suivant quelques auteurs, cette rédaction, puisée dans l'ordonnance de 1731, a eu pour but de prévenir un doute et d'empêcher qu'on ne crût la révocation permise en cas de survenance *d'un second enfant*, dans le cas où la donation avait été faite à un premier *enfant unique*; en d'autres termes, la loi veut dire que l'on ne doit pas considérer comme *sans enfants*, quant à la révocabilité de la donation, celui qui n'en a pas d'autre que le donataire. (Delvincourt, t. II, p. 80, n° 8; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, IV; Demolombe, n° 769.)

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES. (Art. 967-1047.)

1946. Le code traite de cette matière en huit sections, dont les deux premières sont consacrées aux *formes* des testaments. La première section s'occupe des *Règles générales* sur la forme des testaments ou des *Testaments ordinaires*; la deuxième, des *Règles particulières* sur la forme de *certains testaments*, ou des testaments appelés *extraordinaires* ou *privilégiés*.

Nous suivrons cet ordre, en faisant toutefois précéder les deux sections d'un exposé des règles générales qui s'appliquent à *tous* les testaments indistinctement.

DÉFINITION ET RÈGLES GÉNÉRALES SUR TOUS LES TESTAMENTS.

1947. « 1° Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer » (art. 895).

La révocabilité du testament est essentielle.

1948. « 2° Toute personne pourra disposer par testament soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté » (art. 967). Aucune expression spéciale n'est exigée pour la validité du testament sous le rapport de la *forme*. L'*institution d'héritier*, essentielle pour la validité du testament en droit romain, et défendue par le droit coutumier, est facultative sous le code et ne produit aucun effet particulier. Une conséquence de cette règle, c'est que la différence du droit romain entre les *testaments* et les *codicilles* n'existe plus ; toute disposition faite dans une des formes prescrites par la loi est valable, quelle qu'en soit la dénomination. Ces diverses dispositions sont, en général, soumises aux mêmes règles quant à leurs effets *intrinsèques*.

1949. 3° Toute personne capable de disposer par acte de dernière volonté (nos 1722-1731) peut, en général, et sauf les exceptions qui seront ci-après établies, tester à son choix, dans une des trois formes ordinaires de testaments admises par la loi. Il n'est pas nécessaire que le testateur déclare que l'acte par lequel il dispose est son testament.

1950. 4° On ne peut faire un acte de dernière volonté que dans les formes établies par la loi (art. 893). Une disposition faite dans une autre forme est nulle. L'ancien testament *nuncupatif* n'est donc plus admis. (*Suprà*, n° 1679.) De là il résulte :

A. Que le testateur ne peut pas, dans son testament, se référer, pour ses dispositions de dernière volonté, à un autre acte écrit ou document, même signé de lui, s'il n'est pas revêtu des formalités prescrites pour les testaments ;

B. Qu'il ne peut pas renvoyer, d'une manière générale, pour le règlement de sa succession, à une des anciennes coutumes, lois ou statuts locaux abrogés par la loi du 30 ventôse an XII. Semblable disposition ne serait valable que si le texte de l'ancienne loi était transcrit dans le testament (arg. art. 1390). Ce point est controversé (voy. Demolombe, nos 44, 45) ;

C. Qu'il ne peut pas confirmer un testament nul en la forme par un testament postérieur régulièrement fait (arg. art. 1339). (Riom, 19 juillet 1871, D., 1873, 1, 436 ; Chambéry, 12 août 1872, D., 1874, 1, 219.)

1951. 5° Un testament ne pourra être fait dans le même acte

par une ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle » (art. 968, 1097). Les testaments appelés *conjonctifs*, permis dans l'ancien droit, avaient déjà été défendus par l'article 77 de l'ordonnance de 1735, excepté dans deux cas : s'ils renfermaient 1° des partages entre enfants et descendants; 2° ou dès dispositions entre conjoints dans les pays où les époux pouvaient se faire des donations mutuelles à cause de mort. Le code n'admet plus aucune exception. « Il fallait éviter de faire renaître la diversité de jurisprudence qui avait eu lieu sur la question de savoir si, après le décès de l'un des testateurs, le testament pouvait être révoqué par le survivant. Permettre de le révoquer, c'était violer la loi de la réciprocité; le déclarer irrévocable, c'est changer la nature du testament qui, dans ce cas, n'est plus réellement un acte de dernière volonté. Il fallait interdire une forme incompatible, soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments », dit l'Exposé des motifs, n° 55. (Locré, 399.)

Ajoutons avec M. Demolombe : « Que devenait, si la révocation était permise, ce caractère en quelque sorte synallagmatique du testament mutuel, et la bonne foi, et la loyauté dont il supposait la mutuelle promesse? C'est que précisément la loyauté et la bonne foi ne présidaient pas toujours à cette mutualité testamentaire; et le testament de l'un n'était souvent qu'un *appât captatoire* pour attirer le testament de l'autre » (n° 13).

La règle de l'article 968 s'applique aussi aux testaments olographes. (Bruxelles, 18 juillet 1822.)

Plusieurs personnes peuvent concerter ensemble leurs dispositions testamentaires soit en faveur l'une de l'autre, soit en faveur d'un tiers, et les faire le même jour, pourvu que ce soit dans *deux actes séparés*. (Cass. fr., 3 fév. 1873, D., 1873, 1, 467.)

1952. 6° La forme extrinsèque est un élément *substantiel* de l'existence même du testament; elle est requise *ad solemnitatem*, et non-seulement *ad probationem*. La volonté du testateur ne produit un effet légal qu'à condition d'être exprimée dans la forme prescrite par la loi. Ce principe est formulé par l'article 1001 en ces termes : « Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la

précédente (art. 967-1008), doivent être observées à peine de nullité. »

1953. 7° La preuve de l'accomplissement des formalités prescrites pour la validité du testament doit résulter du testament lui-même; elle ne peut être établie par d'autres actes, ni par témoins. (Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. II, § 1, art. VI, n° 10.) La loi prescrit, en règle, que l'accomplissement de ces formalités soit mentionné dans le testament. Mais aucune expression sacramentelle n'est requise pour les mentions de cette nature. Elles ne doivent pas nécessairement être faites dans les termes dont la loi se sert pour les prescrire; il suffit que l'observation de ces formalités résulte manifestement de l'acte et de l'ensemble de sa rédaction. (Cass. fr., 24 déc. 1873, D., 1874, 1, 432 et la note.)

1954. 8° L'emploi des formalités inutiles ou surabondantes, par exemple la présence d'un nombre de témoins excédant le nombre prescrit par la loi, ou la présence du légataire et son acceptation du legs, ne vicie pas un testament d'ailleurs régulier. *Quod abundat non vitiat. Utile per inutile non vitiatur.* (Zachariæ, § 664, n° 6.)

1955. 9° La forme du testament est régie par la loi en vigueur au moment où il a été fait : *Tempus regit actum.* Quand même une loi nouvelle changerait, du vivant du testateur, les formes des testaments, ceux faits *avant* cette loi, dans les formes anciennes, resteraient valables. (Voy. t. Ier, n° 57, *e*.)

1956. 10° La loi prescrit dans tous les testaments la *signature* du testateur. *Signer* un acte, c'est y apposer son *nom de famille en lettres écrites*, c'est-à-dire, à la rigueur, c'est écrire le nom sous lequel on est inscrit sur les registres de l'état civil avec toutes les lettres alphabétiques dont ce nom se compose. (Voy. t. Ier, n° 169 ; Demolombe, t. XXI, n° 102.)

On ne signe donc pas lorsqu'on appose à un acte soit le nom d'une famille à laquelle on n'appartient pas, soit le nom d'une terre qu'on possède, soit un sobriquet, soit ses prénoms ou un de ses prénoms seulement, soit simplement les initiales de son nom. (Ordonnance de 1629, art. 211 ; Merlin, *Rép.*, v° *Signature*, § III, art. V, nos I et II.) Mais le code ne donne pas la définition de la *signature*. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence ont, avec raison, apporté de nombreux tempéraments à la rigueur

de cette règle, tant en ce qui concerne le nom de famille que le tracé de l'écriture.

Ainsi, elles ont déclaré valable une signature qui n'exprime pas le nom de la famille, lorsqu'il est prouvé que la personne à laquelle elle est attribuée signait habituellement de la même manière des actes publics ou privés et que l'identité de cette personne n'est pas douteuse; par exemple la signature des souverains, qui ne signent jamais que par leurs prénoms; la signature d'un évêque portant uniquement les lettres initiales de ses prénoms précédées d'une croix et suivies de l'indication de sa dignité, si, conformément à l'usage, le signataire avait, depuis sa promotion à l'épiscopat, adopté cette manière de signer; la signature contenant des erreurs d'orthographe ou l'omission d'une ou de plusieurs lettres. On peut appliquer au testateur ce que le § 29, J., *De legatis*, 2, 20, dit à propos de la désignation du légataire : *Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt; qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.* (Voy. aussi fr. 34, pr. D., *De condit. et demonstrat.*, 35, 1; Zachariæ, § 666; Demolombe, n°s 103-110, Bruxelles, 21 déc. 1870, P., 1871, 111.)

1957. A la rigueur, une écriture *illisible*, ou, comme dit Merlin, un *griffonnage indéchiffrable*, n'est pas une signature. Mais si l'on se montrait exigeant sur la correction à cet égard, la moitié de tous les actes quelconques, tirant leur validité de la signature des parties, devrait être déclarée nulle. La question de savoir si, dans un cas donné, des caractères illisibles peuvent être considérés comme une signature ne peut être résolue que par la comparaison de ces caractères avec des signatures non contestées de la même personne. (Merlin, *Rép.*, v° *Signature*, § III, art. VI.) Les auteurs sont donc trop absolus lorsqu'ils enseignent qu'une simple croix ou une marque ne peut, en aucun cas, équivaloir à une signature. Un grand nombre de signatures émanées de savants, de hauts fonctionnaires publics ou d'autres notabilités de la société sont tout aussi illisibles que la croix ou la marque apposée par un homme illettré. Charlemagne signait ses décrets par une tache d'encre qu'il plaçait au milieu d'une croix tracée par son chancelier. Tant qu'une loi ne prescrit pas le degré de calligraphie que doit présenter une signature, il faut juger la validité

de la simple marque de l'homme illettré d'après les mêmes règles que les signatures illisibles en général.

SECTION PREMIÈRE.

DES RÈGLES SUR LA FORME DES TESTAMENTS ORDINAIRES (art. 967-980).

1958. Un testament pourra être 1° *olographe*, ou 2° fait par *acte public*, ou 3° dans la *forme mystique* (art. 969). Ces trois espèces de testaments sont appelés *testaments ordinaires*. La loi a admis ces trois formes parce que chacune présente des avantages qui lui sont particuliers. Sur l'ancien droit, voy. *suprà*, n[os] 1679-1682.

I. DU TESTAMENT OLOGRAPHE.

A. *Des formalités de ce testament.*

1959. Le testament olographe doit être *écrit* en entier, *daté* et *signé* de la main du testateur. Ces trois formalités sont de rigueur : le testament olographe ne *sera point valable* s'il n'est écrit, etc. ; mais il n'est assujetti à aucune autre forme (art. 970). Ces formalités ont pour but de s'assurer que le testament est réellement l'œuvre du testateur *lui-même* et de lui *seul*.

1960. Le testament olographe n'était admis que dans les pays coutumiers. Le garde des sceaux Marillac essaya d'en introduire l'usage dans toute la France par l'article 126 de son ordonnance de 1629, appelée Code *Michaud* (voy. t. I[er], n° 1); mais les parlements des pays de droit écrit n'avaient enregistré l'ordonnance qu'en restreignant l'article 126, conformément à la Novelle 107, au cas où le testament contenait un partage d'ascendant. (Demolombe, n° 57.)

Le code a généralisé ce testament, qui présente plusieurs avantages que n'offrent pas les autres formes, notamment : 1° c'est la forme la plus facile qui peut être employée en tous temps et en tous lieux; 2° elle permet au testateur de faire ses dispositions avec réflexion, avec maturité et en toute liberté, de les tenir

secrètes et de les modifier quand il veut, en se soustrayant aux obsessions et au contrôle de personnes intéressées.

1961. 1° De l'*écriture*. Le testament est nul si la main du testateur a été guidée par un tiers, ou si quelques mots *qui en font partie* ont été écrits par une main étrangère. Mais des mots ajoutés par un étranger, et qui ne font pas partie du testament, que le testateur n'a pas approuvés, ne vicient pas le testament : *utile per inutile non vitiatur*. Autrement il serait au pouvoir du détenteur momentané du testament d'en détruire la validité en y ajoutant quelques mots. (Montpellier, 5 mai 1872, et Cass. fr., 14 avril 1874, D., 1873, 5, 443 et 1875, 5, 423.)

Le testament peut être écrit à l'encre ou au crayon (Brux., 29 fév. 1868, *infrà*, n° 1962), sur papier libre ou timbré, ou sur toute autre substance, même sur un mur. Vainement objecte-t-on que dans ce dernier cas la formalité de l'article 1007, qui veut que tout testament olographe sera présenté au président du tribunal et déposé par son ordre, après que procès-verbal de son état aura été dressé, entre les mains d'un notaire, ne peut pas être accomplie. Car rien n'empêche de détacher un morceau de la muraille, tout en laissant le testament intact. Ou bien d'autres mesures pourraient être ordonnées pour conserver l'original du testament au moins jusqu'à ce qu'il soit reconnu ou méconnu par les héritiers *ab intestat*

1962. 2° *De la date*. La plupart des anciennes coutumes n'exigeaient pas la date; elles se bornaient à prescrire que le testament olographe fût *écrit* et *signé* du testateur. (Paris, art. 289; Orléans, art. 289, et Pothier sur cet article, note 1.) Elle fut exigée par l'article 38 de l'ordonnance de 1735. La date a pour but spécial : 1° de constater si, à l'époque où le testament a été fait, le testateur était capable de tester; 2° de faire contrôler s'il ne se trouvait pas alors dans des circonstances de lieu, de santé ou d'autres de même nature qui peuvent jeter des doutes sur la sincérité de l'acte; 3° de constater l'antériorité entre plusieurs testaments, lorsque l'un contient des dispositions incompatibles avec un autre.

La date, c'est l'indication des *jour, mois* et *an*. Mais ces trois éléments ne doivent pas être désignés expressément d'après le calendrier; il suffit qu'ils résultent d'une manière certaine et non

équivoque de l'acte; telles seraient, par exemple, les indications suivantes : le jour de l'an 1874; la Toussaint de 1874; le 43ᵉ anniversaire du vote de la Constitution belge (7 février 1874); l'anniversaire de ma naissance en 1874, etc. Mais l'*incertitude* de la date annulerait le testament; par exemple si le testateur avait écrit : *lundi* le 23 juin 1874. Or, le 23 juin était un *mardi;* lundi était le 22 juin. On ne sait donc pas si le testament a été fait le 22 ou le 23 juin. (Lyon, 25 fév. 1870, D., 1871, 2, 11; Douai, 10 févr. 1873, D., 1874, 2, 58.)

La date peut être écrite en chiffres ou en toutes lettres; elle peut se trouver au commencement, au milieu ou à la fin de l'acte; mais, à la rigueur, elle doit précéder la signature. Toutefois la doctrine et la jurisprudence n'exigent pas rigoureusement cette place; il suffit que la date ait une corrélation nécessaire avec les dispositions du testament. (Demolombe, nᵒ 116; Cass. fr., 7 juillet 1869, D., 1870, 1, 76; Paris, 12 mai 1870 et cass. fr., 22 nov. 1870, D., 1874, 5, 475 et 1872, 1, 272; Bordeaux, 13 janvier 1871, D., 1871, 2, 199; Brux., 15 juin 1863, P., 1863, 333; Brux., 29 fév. 1868, B. J., t. 26, 499.)

La loi n'exige pas l'indication du *lieu* où le testament a été écrit; donc une fausse indication du lieu est sans importance.

1963. L'*absence* ou l'*incertitude* de la date annule le testament. En est-il de même d'une *fausse date?* Oui sans doute. Car une fausse date ne répond pas à l'exigence de la loi. En prescrivant, à peine de nullité, la *date,* la loi a voulu que le *moment réel* où le testament a été fait, fût indiqué; donc, il est nul si le moment n'est pas réellement désigné. De là il résulte que tout testament *antidaté* est nul, quand même le testateur aurait été capable de tester à la date réelle. (Laurent, t. XIII, nᵒ 192; Bordeaux, 12 juin 1876 et Caen, 16 janv. 1877, D., 1878, 2, 118, 112 et les notes. *Contrà :* Gand, 18 juin 1874, P., 1874, 304 et la note, et cass., 26 mars 1875, P., 1875, 207.) Quant au testament *postdaté,* il est évident qu'il est nul si le testateur est décédé avant l'arrivée de cette date; par exemple, son testament, écrit le 19 juin 1874, porte la date du 1ᵉʳ décembre 1874, et le testateur est mort le 20 septembre de la même année. Mais si le testateur survit à la date qu'il a donnée à son testament, il est censé l'avoir écrit à ce jour, et le testament sera valable. (Demolombe, nᵒ 87.)

Une date erronée par suite d'une inadvertance, et qui peut se rectifier d'une manière non équivoque par le testament même, ne le vicie pas; par exemple le testateur a écrit le 1er octobre mil cent soixante-quatorze, au lieu d'écrire mil huit cent soixante-quatorze. (Gand, 26 déc. 1872, P., 1873, 86.)

Le même testament peut contenir plusieurs dispositions portant des dates différentes; les diverses dispositions peuvent aussi être rédigées à des jours différents, sans qu'il soit besoin que chacune d'elles ait été datée et signée isolément. (Douai, 17 mai 1878, D., 1878, 2, 229.)

1964. 3° De la *signature*. (Voy. *suprà*, nos 1956 et 1957.) Il est évident que la question de savoir si une marque ou une croix d'un homme illettré peut équivaloir à une signature ne peut pas être soulevée à l'occasion d'un testament olographe; celui qui ne sait ou ne peut pas écrire ne peut tester en cette forme.

La signature doit se trouver à la fin du testament; elle en est le complément et la clôture. (Brux., 28 avril 1875, P., 1876, 62; B. J., t. 36, 266.)

1965. On s'est demandé si un testament olographe peut être rédigé en la forme d'une lettre missive qui contient toutes les conditions prescrites par l'article 970? L'article 3 de l'ordonnance de 1735 déclarait nulles les dispositions faites par lettres missives. Le code n'a pas reproduit cette nullité. Il faut donc répondre affirmativement à la question, pourvu que cette lettre ne soit pas un simple projet et qu'il en résulte clairement que son auteur a voulu faire une disposition actuelle et définitive. (Zachariæ, § 668, n° 9; Demolombe, n° 125; Paris, 19 mars 1873, D., 1873, 2, 113; arg. de l'arrêt de Brux., 22 mai 1871, P., 1871, 287, et 22 juillet 1876, P., 1877, 221. *Contrà* : Gand, 28 déc. 1876, P., 1877, 102; Laurent, t. XIII, n° 180.)

B. *De la force probante du testament olographe.*

1966. Le testament olographe est un acte *sous seing privé* (art. 999, 1317); donc, ceux à qui on l'oppose, c'est-à-dire les héritiers *ab intestat* peuvent le méconnaître, et c'est alors à l'héritier institué ou au légataire d'en prouver la sincérité (art. 1322-1324). (Laurent, t. XIII, n° 232).

Le testament conserve le caractère d'acte sous seing privé quand même il aurait été déposé chez un notaire par le testateur lui-même, ou après son décès, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal rendue dans le cas de l'article 1007. Car, ce qui est authentique dans ces deux cas, c'est l'*acte de dépôt* du testament, mais le testament lui-même ne peut être authentique que lorsqu'il est revêtu des formes prescrites par la loi à cet effet. (Laurent, *ibid.*, n° 231.)

1967. L'obligation de prouver la sincérité du testament incombe-t-elle encore au légataire universel lorsqu'il a été envoyé en possession par une ordonnance du président du tribunal en vertu de l'article 1008?

C'est une question très-controversée.

Ceux qui soutiennent que c'est alors à l'héritier de prouver la fausseté du testament se fondent principalement sur ce que le légataire envoyé *en possession* n'a rien à prouver par cela même qu'il possède, qu'il est *défendeur* et que le fardeau de la preuve doit incomber à l'héritier, parce que c'est lui qui est demandeur (*actori incumbit probatio*). Une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence professe cette opinion. (Cass. fr., 5 août 1872, D., 1872, 1, 376, et 10 janvier 1877, D., 1877, 1, 159 et la note.)

Le système contraire, comptant plus d'adhérents, surtout dans la doctrine, est seul juste. Il est fondé sur le texte clair des articles 1322 à 1324. L'envoi en possession qu'obtient le légataire universel est une mesure toute provisoire qui n'altère pas le droit des parties au fond. Le légataire institué a un titre dont il établit immédiatement l'existence et auquel provision est due. Mais la *présomption* attachée à sa possession s'évanouit devant la *preuve* que l'héritier *ab intestat* fait de son *droit* fondé sur sa qualité d'héritier et sur la loi. C'est alors au légataire de prouver à son tour que sa possession est fondée sur un titre qui prime celui de l'héritier *ab intestat : excipiendo reus fit actor*. Cette preuve, il ne peut la faire contre l'héritier par un testament dont celui-ci ne reconnaît pas la sincérité. (Demolombe, n°s 146-153; Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. IV, n° 151 *bis*, III; Laurent, t. XIII, n°s 234-238.)

La question dont il s'agit ici présente une grande analogie avec

celle de savoir si c'est au propriétaire qui intente l'action négatoire contre le quasi-possesseur d'une servitude, de prouver la liberté de son fonds, ou bien si c'est au quasi-possesseur, malgré sa possession, de prouver son droit à la servitude. D'après les principes sur la matière, la question doit être résolue de la manière suivante : le demandeur doit prouver son *droit de propriété* du fonds ; dès lors il en a établi la *liberté*, et la présomption qui s'attachait à la quasi-possession de la servitude est détruite. Si le défendeur prétend avoir un droit de servitude, c'est à lui d'en prouver l'existence, nonobstant sa possession. (Maynz, *Cours de droit romain*, 4e édit., § 137, notes 3-5.)

1968. Si l'héritier avait reconnu d'une manière quelconque, expressément ou tacitement, la sincérité du testament, ou si le testament était légalement tenu pour reconnu par lui, ce serait alors à lui qu'incomberait la preuve de son erreur et, par conséquent, de la fausseté du testament. Cette preuve lui incomberait alors même qu'il aurait consenti à l'exécution du testament sur le vu d'une simple expédition, sans avoir pris inspection de l'original du testament (arg. art. 1322). (Zachariæ, § 669, note 7 ; Demolombe, n° 152.)

1969. Le testament olographe fait pleine foi de sa *date* à l'égard des tiers et de l'héritier *ab intestat* lorsqu'il en a reconnu l'écriture et la signature, ou lorsque l'écriture et la signature sont légalement tenues pour reconnues. L'article 1328 ne peut pas être appliqué aux testaments, car ils ne sont enregistrés et leur substance ne peut être constatée dans des actes dressés par des officiers publics qu'après la mort du testateur, et la date certaine résultant de la mort de ce dernier est celle du jour de son décès, donc la même pour tous les testaments, s'il y en a plusieurs.

L'héritier ou le tiers qui ont intérêt à contester la sincérité de la date ne sont pas tenus de s'inscrire en faux ; ils peuvent prouver la fausseté par tous les moyens de droit, parce que la véracité d'un officier public n'est pas en cause. (Brux., 6 janv. 1875, *suprà*, n° 1723.)

L'héritier peut avoir intérêt à contester la date pour prouver que le testament a été fait à une époque où le testateur était incapable de disposer.

L'héritier et les tiers peuvent avoir le même intérêt lorsqu'il y a

plusieurs testaments renfermant des dispositions inconciliables entre elles.

II. DU TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC (art. 971-975).

Observations générales.

1970. « Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins » (art. 971).

L'article 68 du projet soumis au conseil d'État proposait de faire recevoir le testament public par deux notaires ou par un notaire et deux témoins seulement.

Les auteurs du code ont pris un terme moyen entre les solennités prescrites par le droit écrit, qui exigeait pour les testaments la présence de *sept* témoins au moins, y compris le notaire, et celles usitées dans les pays de coutumes, où il suffisait qu'il y eût deux notaires, ou un notaire et deux témoins. (Exposé des motifs, n° 58, Locré, p. 400, et *suprà*, n° 1680.)

« Il y aura des témoins même avec deux notaires », dit Jaubert, « non que la loi se méfie des notaires, mais c'est parce que les testaments se faisant le plus souvent à l'extrémité de la vie, il était utile de multiplier les surveillants en faveur d'un individu qui peut être assiégé par l'intrigue ou par la cupidité ». (Discours au Tribunat, n° 56, Locré, p. 465.)

1971. Le testament public est un *acte notarié*. Les actes notariés sont régis par la loi du 25 ventôse an XI. Les dispositions générales de cette loi et les règles spéciales du code civil sur les testaments ne sont pas identiques. De là la question de savoir : Quel est le rapport entre ces deux lois? Les règles qu'elles établissent doivent-elles être combinées, ou bien ne faut-il suivre, pour les testaments, que les règles du code civil ?

1972. Il y a trois systèmes :

1° Le code civil régit *exclusivement* les testaments publics. Ce système ne peut être admis ; car le code garde le silence sur plusieurs formalités importantes, dont l'accomplissement ne peut pas être laissé à l'arbitraire du notaire, par exemple sur la compétence du notaire, la date du testament, les ratures, surcharges, blancs, renvois, etc.

2° Le code civil et la loi de ventôse régissent *conjointement* les testaments; *toutes* les règles établies par *l'une et par l'autre* de ces lois doivent être observées. Cette opinion est contraire aux principes généraux d'interprétation des lois. La loi de ventôse ne peut s'appliquer aux formalités sur lesquelles le code civil, loi *postérieure*, a établi des règles particulières et différentes ;

3° La loi de ventôse continue à régir les testaments, comme les actes notariés en général, pour toutes les formalités auxquelles le code civil n'a dérogé ni explicitement ni implicitement. Ainsi le code a des dispositions particulières sur le nombre des notaires et des témoins, sur la dictée du testament, sur l'écriture, sur la lecture, sur la signature, sur les mentions concernant l'accomplissement de ces formalités ; la loi de ventôse ne s'y applique pas. Mais le code ne dit rien de la faculté de recevoir l'acte en minute ou en brevet, de la parenté du notaire, de la date du testament, de l'énonciation du lieu, des noms, qualités et demeure du testateur ou des témoins, des surcharges, ratures, interlignes, blancs, etc. Sur ces points, la loi de ventôse reste en vigueur. Ainsi, par exemple, un testament public est nul s'il ne contient pas l'indication du domicile des témoins instrumentaires. (Cass. fr., 1er oct. 1810; Angers, 21 janv. 1875, D., 1876, 2, 71.) Cette doctrine est la plus rationnelle et compte le plus de partisans. (Voy. Bastiné, *Cours de notariat*, 2e édit., n° 181 ; voy. *suprà*, n° 1850; Laurent, t. XIII, n° 250.)

1973. Les formalités prescrites pour le testament public ont un triple but : 1° de constater que le testateur a la capacité physique et intellectuelle de tester ; 2° d'assurer et de constater sa liberté de disposer selon sa volonté ; 3° de garantir que sa volonté sera écrite telle qu'il l'a exprimée.

Le testament public a sur le testament olographe les avantages suivants : 1° il peut être fait par ceux qui ne peuvent ou ne savent écrire ; 2° il est moins exposé à se perdre, puisque le notaire en conserve la minute ; 3° étant authentique, il a une force probante par lui-même, donc plus grande que le testament olographe.

1974. Nous aurons à examiner, d'après le principe formulé au n° 1972, *A.* les conditions de validité du testament en ce qui concerne les personnes qui y figurent ; *B.* les formalités prescrites par la loi dans la rédaction du testament.

A. *Des conditions de validité du testament en ce qui concerne les personnes qui y figurent.*

1. DU NOTAIRE.

1975. La loi du 25 ventôse an XI doit être appliquée en ce qui concerne la capacité et la compétence des notaires, les dispositions faites en leur faveur ou en faveur de leurs parents, et le degré de parenté entre les deux notaires. (Zachariæ, § 670, notes 1-4.)

2. DU TESTATEUR.

1976. Le testateur doit posséder les qualités physiques sans lesquelles les formalités prescrites par la loi ne peuvent être sérieusement accomplies. Donc, le *muet* et le *sourd*, et à plus forte raison le *sourd-muet*, ne peuvent tester, parce que le premier ne peut pas *dicter* son testament, le second ne peut en entendre la lecture. (Paris, 16 janv. 1874, D., 1875, 2, 39; Demolombe, nos 168, 169.) Quelques auteurs n'appliquent pas cette règle au sourd-muet qui peut se faire comprendre par signes ; mais cette exception est très-contestable. (Voy. toutefois, en ce qui concerne le sourd, *infrà*, n° 1991.)

3. DES TÉMOINS.

1977. Il y a, entre les qualités requises dans les témoins instrumentaires par la loi de ventôse et les qualités requises par le code civil pour être témoin dans un testament, plusieurs différences qui seront exposées *infrà*, nos 1978-1980. Les auteurs sont généralement d'accord que l'on ne doit exiger que les qualités requises par le code civil, parce que le législateur a voulu donner aux testateurs, qui souvent attendent les derniers moments de la vie pour dicter leurs testaments, les moyens de trouver promptement des personnes capables d'être témoins. Mais cette solution n'est pas admise d'une manière absolue. (Bastiné, *Cours de notariat*, n° 182.)

1978. Il y a des incapacités *absolues* et des incapacités *relatives*. 1. Des incapacités *absolues*.

A. Sont incapables d'être témoins ceux qui ne réunissent pas les qualités physiques et intellectuelles pour pouvoir remplir la mission qui leur incombe, c'est-à-dire pour attester quelles ont été les déclarations du testateur et pour certifier que ces déclarations ont été réellement écrites. Un sourd ne peut donc pas être témoin, mais un muet peut l'être. La cécité absolue est une cause d'incapacité. (Paris, 16 janv. 1874, D., 1875, 2, 39.) Le témoin doit comprendre la langue dans laquelle le testateur a déclaré sa volonté et celle dans laquelle le testament est rédigé. Quelques auteurs n'exigent pas cette dernière condition, mais c'est à tort; car le témoin qui ignore la langue dans laquelle le testament est rédigé comment peut-il certifier que la rédaction dont lecture lui est donnée est conforme à la déclaration émanée du testateur? (Demolombe, n° 197.) Le témoin qui se trouve dans un état habituel de démence n'est pas incapable pourvu qu'il soit dans un intervalle lucide au moment de la confection du testament. Mais l'interdit, toujours *présumé* sans raison (voy. t. Ier, n° 798), et celui qui se trouve réellement dans un état d'idiotisme ou d'ivresse au moment de la confection du testament sont incapables.

1979. *B*. « Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets de l'empereur, jouissant des droits civils » (art. 980). *Sujets de l'empereur*, porte le texte du code Napoléon de 1807 (voy. t. Ier, n° 7). L'article 40 de l'ordonnance de 1735 disait *regnicoles*; l'édition primitive du code civil : *républicoles*. Ces mots sont synonymes de *Français*. L'étranger admis, par l'autorisation du gouvernement, à établir son domicile en France ne peut donc pas être témoin dans un testament. (Voy. t. Ier, n° 115.) L'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI exige que le témoin instrumentaire soit *citoyen* français.

La loi de ventôse veut que les témoins instrumentaires soient domiciliés dans l'arrondissement judiciaire où l'acte est passé; le code n'exige pas cette condition.

Un failli non réhabilité peut être témoin. (Brux., 29 janv. 1872, P., 1872, 141, et la note.)

1980. 2. Des incapacités *relatives*. En cette matière encore, il faut suivre les règles du code plutôt que celles de la loi de ventôse.

L'article 975 porte : « Ne pourront être pris pour témoins du

testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au *quatrième* degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus. » La loi de ventôse exclut comme témoins instrumentaires les parents et alliés des parties jusqu'au *troisième* degré, ainsi que les serviteurs du notaire et ceux des parties (art. 10). Les serviteurs des notaires, ceux du testateur ou des légataires peuvent être témoins dans le testament.

La parenté des témoins entre eux ne crée pas une incapacité; le code et la loi de ventôse gardent le silence sur ce point.

La loi de ventôse exclut aussi les parents ou alliés soit du *notaire*, soit des *parties contractantes* jusqu'au troisième degré; le code n'exclut que les parents et alliés du *légataire*, mais jusqu'au quatrième degré; donc, les parents et alliés du testateur et ceux du notaire peuvent être témoins, de même que le mari peut être témoin dans le testament de sa femme. Plusieurs auteurs n'admettent cependant pas les parents et alliés des notaires. (Voy. Bastiné, *loc. cit.*, n° 182.)

1981. Lorsqu'un acte présente toutes les formalités externes requises pour sa validité, il produit son effet. Celui qui prétend qu'il est entaché d'un vice intrinsèque qui n'est pas apparent doit prouver l'existence de ce vice. De là la conséquence que c'est à l'héritier qui attaque le testament du chef d'incapacité d'un des témoins, de prouver cette incapacité. Il est inutile de mentionner que les témoins sont capables; d'ailleurs, une semblable mention serait simplement une opinion du notaire, qui serait sans effet juridique.

1982. L'incapacité d'un témoin entraîne la nullité du testament tout entier. Il en est de même dans le cas d'une incapacité relative provenant de la parenté entre le légataire et un des témoins; non-seulement la disposition faite au profit de ce légataire, mais le testament tout entier est frappé de nullité.

1983. Toutefois, la rigueur de ce principe a toujours été tempérée par la jurisprudence et la doctrine :

1° En cas d'incapacité absolue dans un des témoins, si, à l'époque de la confection du testament, une erreur générale et publique, fondée sur une série d'actes qui formaient une espèce de possession d'état, attribuait à ce témoin la capacité qui lui

manquait : par exemple si un étranger, depuis longtemps domicilié et marié en France, incorporé dans la garde nationale, porté sur la liste électorale ou sur la liste du jury, et ayant été précédemment témoin dans un acte authentique, avait été témoin dans un testament. La capacité putative équivaut alors à la capacité réelle. *Error communis jus facit.* (Paris, 16 janv. 1874, D., 1875, 2, 39, et Cass. fr., 6 mai 1874, et la note et le rapport de M. le conseiller Connelly, D., 1874, 1, 412, et 1er juillet 1874, D., 1875, 1, 157.)

2° En cas d'une incapacité relative résultant de la parenté ou de l'alliance de l'un des témoins avec un légataire, lorsque, à raison de circonstances extraordinaires, il a été impossible au testateur et au notaire de connaître cette incapacité. (Zachariæ, § 670, notes 26 et 27; Demolombe, n° 220; Douai, 26 mars 1873, et Amiens, 8 juillet 1873, D., 1874, 2, 91 et 92.)

B. *Des formalités du testament.*

1984. Ces formalités se rapportent : 1° à la dictée; 2° à l'écriture; 3° à la lecture; 4° à la mention de l'accomplissement des formalités, et 5° à la signature. (Voy. *suprà*, n° 1972.)

1. DE LA DICTÉE.

1985. « Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. — S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur et écrit par ce notaire. — Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur en présence des témoins. — Il est fait du tout mention expresse » (art. 972).

Le testateur doit *dicter* sa volonté, c'est-à-dire l'énoncer en paroles claires et intelligibles; il ne peut pas la manifester par signes, ni par des notes écrites remises au notaire, ni par relation à un autre acte. Le testament serait nul si le testateur avait simplement répondu aux interrogations que le notaire lui aurait adressées, à moins que le testateur ne reproduise dans sa réponse les termes mêmes des questions. (Demolombe, n° 245; Dijon, 16 fév. 1872, D., 1872, 2, 213.) Le testateur peut préparer par

écrit les dispositions du testament, pourvu qu'il en donne lui-même lecture au notaire.

Le sens des mots : *leur est dicté* est que, s'il y a deux notaires, ils doivent être tous les deux *présents* à la dictée. (Séance du conseil d'État du 19 ventôse an XI (10 mars 1803), n° 17, Locré, 233.)

1986. La loi ne prescrit pas que la dictée doive avoir lieu *en présence des témoins*; mais cela résulte de l'ensemble de ses dispositions. Toutefois, comme la loi ne le prescrit pas formellement, le testament ne serait pas nul par cela seul qu'il ne serait pas fait mention de la dictée en présence des témoins, pourvu qu'en réalité elle eût eu lieu en leur présence. (Zachariæ, § 670, note 48; Brux., 9 février 1878; B. J., t. 36, 372; P., 1878, 133.)

1987. Le notaire ne doit pas écrire littéralement la dictée; il peut en changer la forme et le style sans altérer le sens. Il peut même rédiger le testament à la troisième personne, en disant : *le testateur a déclaré*, etc. (Demolombe, 250, 253; Paris, 31 janvier 1874, D., 1875, 2, 121.)

Le testament peut être dicté dans une langue étrangère, pourvu que le notaire et les témoins la comprennent.

La formalité de la dictée ne s'applique qu'aux dispositions testamentaires et non au préambule ni à la clôture du testament. (Demolombe, n° 259.)

2. DE L'ÉCRITURE.

1988. Le testament doit être écrit par le notaire *lui-même* ou par l'un des notaires, s'il y en a deux. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit écrit en partie par l'un et en partie par l'autre, mais il ne peut pas être valablement écrit par un clerc ni par le testateur lui-même. Il n'est pas nécessaire d'indiquer le notaire qui a écrit le testament. Le préambule et la clôture du testament peuvent être écrits par une autre main. (Demolombe, n° 264.) Toutefois, ce point est controversé. En sens contraire, Dalloz, *Rép.*, v° *Dispositions*, etc., n° 2887.

1989. En quelle langue le testament peut-il être rédigé? Cette question n'est pas douteuse en ce qui concerne les langues usitées en Belgique, dont l'article 23 de la constitution déclare l'emploi facultatif, et dont l'emploi ne peut être réglé que par la loi,

et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires; les actes notariés d'ailleurs n'appartiennent pas à cette catégorie.

Mais le testament pourrait-il être rédigé en une langue étrangère? Aucune loi ne le défend; donc ce testament serait valable. La question est controversée en France; M. Demolombe est aussi d'avis que ce testament n'est pas nul (nos 251-252 *bis*).

Il va sans dire que, dans ces deux hypothèses, la langue dans laquelle le testament est écrit doit être comprise par le testateur, le notaire et les témoins. (Cass. fr., 12 août 1868, D., 1872, 1, 133.)

1990. Le notaire qui ne comprend pas la langue du testateur ne peut pas recevoir le testament par l'intermédiaire d'un interprète. Car ce testament ne présenterait aucune des garanties prescrites par la loi. La volonté du testateur ne serait établie que par les dires d'un seul homme; cela ne suffit pas quand même l'interprète serait assermenté. Le notaire, officier public, ne pourrait pas attester *de visu et auditu* ce que le testateur aura déclaré. Il faut en dire autant si tous les témoins ne comprennent pas la langue du testateur. (Demolombe, n° 251; Bastiné, n° 182.)

Mais si le notaire et les témoins comprennent la langue du testateur, le testament peut être rédigé en français, pourvu que la traduction, ou plutôt l'original de l'idiome dont s'est servi le testateur soit écrit en marge de la rédaction française, et que lecture en soit donnée au testateur.

3. DE LA LECTURE.

1991. Il doit être donné lecture du testament et de toutes ses parties, donc aussi des renvois, au testateur *en présence des témoins* (art. 972). Il ne suffit donc pas que le testateur en ait pris lui-même et seul lecture; ce testament serait nul.

Mais la lecture doit-elle être donnée par le notaire? La loi n'en dit rien, et la question est très-controversée. Nous croyons, avec M. Demolombe, que, d'après l'ensemble des dispositions de la loi, il était dans l'esprit du législateur que la lecture fût donnée par le notaire ou par un des notaires. Mais la loi ne l'ordonne pas d'une manière formelle. Ce serait donc dépasser la rigueur de la loi que de déclarer nul le testament si la lecture n'avait pas

été donnée par le notaire. Par la même raison, l'absence de la mention que la lecture a été donnée par le notaire ne peut pas entraîner la nullité du testament. On peut donc admettre, avec la cour d'Aix, que l'individu atteint d'une surdité, même complète, n'est pas privé de la faculté de tester par acte authentique, pourvu qu'il puisse faire à haute et intelligible voix la lecture du testament. (Aix, 10 nov. 1869, D., 1870, 2, 107, et Cass. fr., 14 fév. 1872, D., 1872, 1, 457.)

4. DE LA MENTION DE L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS.

1992. Le notaire doit faire, dans le testament même, mention expresse de l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par la loi. Cette mention peut être faite au commencement, au milieu ou à la fin de l'acte, mais elle doit être faite avant la signature. (Voy. *suprà*, n° 1953; Chambéry, 12 fév. 1873, D., 1873, 2, 159, et Cass. fr., 24 déc. 1873, D., 1874, 1, 432.)

5. DE LA SIGNATURE.

1993. Le testament doit être signé par le testateur, les témoins et le notaire; si l'un d'eux meurt avant la signature, le testament est incomplet et par cela même sans effet.

1994. Si le testateur ne signe pas, il doit lui-même indiquer la cause de cette omission, et il sera fait dans l'acte mention expresse de *sa déclaration* ainsi que de la cause qui l'empêche de signer (art. 973). La cause est suffisamment indiquée si le testateur déclare *ne savoir signer*, mais il ne suffit pas de dire qu'il *ne sait pas écrire,* parce qu'il y a des personnes ne sachant pas *écrire*, mais sachant *signer*. Si le testateur déclare ne *pouvoir* signer, il faut mentionner *pourquoi* il ne le peut pas. C'est la *déclaration du testateur* de ne savoir ou de ne pouvoir signer qui doit être mentionnée, et non-seulement la *cause* réelle qui l'empêche de signer. Lecture de cette déclaration ne doit pas être donnée en présence des témoins à peine de nullité. (Cass. fr., 1er juillet 1874, D., 1875, 1, 68.)

La fausse déclaration du testateur de ne savoir ou de ne pouvoir signer doit être considérée comme un *refus* de signer et entraîne la nullité du testament.

1995. Le testament devra être signé par les témoins, c'est-à-dire par *tous* les témoins.

Néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent s'il est reçu par un notaire (art. 974). C'est parce qu'à la campagne souvent on ne trouve pas un nombre suffisant de personnes sachant signer. Pour ce motif, il est rationnel de restreindre l'exception au cas où les témoins qui n'ont pas signé le testament sont illettrés. (Observ. du Tribunat, n° 43, Locré, 319-320; Demolombe, n° 321.)

La mention que les témoins ne savent ou ne peuvent signer peut être faite par le notaire, de son chef; la loi ne prescrit pas que les témoins fassent une déclaration à cet égard.

La loi ne détermine pas ce qu'il faut entendre par *campagne*. La proposition du Tribunat de considérer comme campagne toute commune au-dessous de mille âmes, n'a pas été adoptée. C'est donc une question laissée à l'appréciation du juge. (Demolombe, n° 327.)

III. DU TESTAMENT MYSTIQUE.

Observations générales.

1996. Le testament *mystique* ou *secret* est le *testamentum solemne* du droit romain, dont les formes sont prescrites par la L. 21, C., *De testamentis*, 6, 23. Il était inconnu dans les pays de coutumes, mais il était très-usité dans les pays de droit écrit. Les articles 9-12, 38 et 43 de l'ordonnance de 1735 l'avaient maintenu avec presque toutes les formes romaines. Le code civil a reproduit les règles de l'ordonnance de 1735.

1997. Les formalités du testament mystique sont nombreuses; elles ont en général pour but de s'assurer qu'il n'y a pas eu de substitution d'un autre acte à celui que le testateur a voulu présenter comme renfermant ses dernières volontés. Mais, même à ce point de vue, il serait difficile d'établir la nécessité de toutes les formalités. Ainsi, par exemple, pourquoi l'unité de l'acte? Pourquoi plutôt six témoins que quatre, nombre suffisant pour le testament public? Il est certain que plusieurs de ces formalités n'ont été conservées que par la force des traditions et qu'il faut

remonter aux premiers temps de l'histoire romaine pour en trouver l'origine. (Voy. Maynz, *Droit romain*, 4ᵉ édit., § 380.)

1998. Ce testament a l'avantage : 1° de participer, à certains égards, à l'authenticité; 2° de permettre à celui qui ne sait pas écrire, de tester et de tenir ses dispositions secrètes jusqu'à sa mort. (Exposé des motifs, n° 59; Rapp. au Tribunat, n° 57, Locré, p. 401, 467.)

1999. De même qu'en matière de testaments publics, la loi du 25 ventôse est applicable aux testaments mystiques dans tous les points non prévus par le code civil. (Voy. *suprà*, n° 1972; Bastiné, *Cours de notariat*, n° 183.)

A. *Des conditions de validité du testament en ce qui concerne les personnes qui y figurent.*

1. DU NOTAIRE.

2000. Le notaire institué légataire dans un testament mystique n'est pas incapable de recevoir l'acte de suscription, parce que cet acte est tout à fait distinct du testament, dont le notaire est présumé ignorer les dispositions. (Bastiné, *loc. cit.*, n° 97; Demolombe, n° 362; voy. *infrà*, n° 2003, 1°.)

Mais le notaire parent ou allié du testateur en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ne peut pas recevoir l'acte de suscription (loi du 25 ventôse an XI, art. 8).

2. DU TESTATEUR.

2001. « Ceux qui ne *savent* ou ne *peuvent* lire ne pourront faire de dispositions dans la forme du testament mystique » (article 978). L'aveugle ne peut donc pas tester en cette forme, mais le muet et le sourd le peuvent. (Voy. *infrà*, n° 2012 et *suprà*, n° 1976.) Cette prohibition ne s'applique que lorsque le testateur est absolument incapable de lire. (Bruxelles, 4 nov. 1869, P., 1871, 23.)

3. DES TÉMOINS.

2002. Il faut, pour l'acte de suscription, la présence de *six* témoins au lieu de quatre. Les règles exposées ci-dessus aux nᵒˢ 1978 et 1979 et les règles de la loi de ventôse s'appliquent également à ces témoins. Mais la disposition de l'article 975,

portant que les témoins ne peuvent pas être pris parmi les légataires ni leurs parents et alliés jusqu'au quatrième degré, n'est pas applicable, parce qu'ils ne peuvent pas connaître le contenu du testament, et, qu'en réalité, ils ne sont pas témoins dans un testament, mais seulement dans un acte de suscription. (Séance du conseil d'État du 19 ventôse an XI (10 mars 1803), n° 19, Locré, p. 234.)

B. *Des formalités du testament mystique.*

2003. On peut résumer en huit points les règles sur les formes du testament mystique tracées par l'article 976.

1° Le testateur peut écrire lui-même ses dispositions ou les faire écrire par un autre, n'importe qui, même par le notaire, par un témoin ou par un légataire. Le testament mystique écrit par le notaire qui a reçu l'acte de suscription, et instituant celui-ci exécuteur testamentaire salarié, est valable. (Gand, 18 janvier 1872, P., 1872, 102; Cass. B., 23 janv. 1873, Pas., 1873, 68; B. J., t. 31, 216.)

2° Il doit les *signer*, sauf ce qui sera dit *infrà*, au n° 2011. Elles ne doivent pas être *datées*.

3° Le papier qui contient ses dispositions, ou le papier qui sert d'enveloppe, s'il y en a une, doit être *clos et scellé;* la loi n'exige pas que ce soit par le *testateur lui-même*, ou en présence du notaire et des témoins.

2004. Le sceau ou le cachet doit porter une *empreinte*. Tel a toujours été le sens des mots *sceau* et *sceller*. (Voy. Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Sceau*, et *Dictionnaire de l'Académie française*, v° *Sceau*.) D'ailleurs si le législateur n'avait pas exigé qu'il y eût une empreinte, le mot *clos* aurait suffi, et le mot *scellé* aurait été inutile. (Demolombe, n°s 346-352.) La question est très-controversée.

Le testateur peut se servir de son propre cachet, ou de celui d'un autre, ou du sceau du notaire.

2005. 4° Le testateur doit présenter le testament ainsi *clos et scellé* au notaire et à six témoins au moins; et, s'il n'est pas clos, il doit le faire clore et sceller en leur présence.

5° Le testateur doit déclarer *lui-même* que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un

autre et signé de lui. Il ne suffit pas que le testament ait été *réellement signé* de lui; il est nécessaire qu'il en fasse la déclaration formelle en présence du notaire et des témoins.

2006. 6° Le notaire en dressera l'acte de *suscription*, c'est-à-dire un procès-verbal, ainsi appelé parce qu'il doit être écrit sur le papier sur lequel est écrit le testament, ou sur la feuille qui servira d'enveloppe. Cet acte de suscription doit constater : 1° la présentation du testament par le testateur au notaire en présence des témoins; 2° l'état du papier présenté, avec mention si le papier était clos et scellé au moment de la présentation ou s'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins ; 3° la déclaration du testateur que le contenu de ce papier est son testament *écrit et signé de lui*, ou *écrit par un autre et signé de lui.*

2007. L'acte de suscription étant un acte notarié doit être rédigé avec les formalités prescrites par la loi de ventôse; donc, il doit être *daté*. La date est d'autant plus importante que le testament mystique peut ne pas en avoir une autre. (Voy. *suprà*, n° 2003, 2°.)

2008. 7° Cet acte de suscription doit être signé tant par le testateur que par le notaire et par tous les témoins. L'article 974 n'est pas applicable si le testament a été fait à la campagne.

Si le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne peut signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.

2009. 8° La présentation du testament, sa clôture s'il n'est pas encore clos, la déclaration du testateur et l'acte de suscription seront faits *de suite et sans divertir à d'autres actes;* c'est-à-dire que le notaire ne peut pas interrompre ces opérations, laisser inachevé l'acte de suscription et faire dans l'intervalle d'autres actes. C'est l'unité de l'acte du droit romain; le testament devait être fait *uno contextu*. (Maynz, *Droit romain*, § 380, *B*, 2°.)

2010. La loi ne prescrit pas que l'acte de suscription mentionne qu'il a été fait de suite et sans divertir à d'autres actes, ni que lecture en a été donnée au testateur en présence des témoins.

2011. Dans deux cas, la loi prescrit encore des formalités spéciales pour le testament mystique :

I. Si le testateur *ne sait signer*, ou *s'il n'a pu le faire lorsqu'il a*

fait écrire ses dispositions. Dans ce cas, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre de six, lequel signera l'acte avec les autres témoins ; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé (art. 977). Le rôle de ce témoin ne se borne pas à *signer* simplement l'acte de suscription; mais il doit assister à toutes les opérations dont se compose le testament, et qui sont mentionnées dans l'acte de suscription. (Demolombe, n° 365.)

Faisons observer que cette intervention du septième témoin, prescrite par l'article 10 de l'ordonnance de 1735, et qui n'a aucune raison d'être, provient d'une application erronée du droit romain, d'après lequel un huitième suscripteur était appelé pour remplacer le testateur dans le cas où il ne savait ou ne pouvait signer l'acte de *suscription* (*octavus subscriptor*), hypothèse mentionnée *suprà* au n° 2008, et pour laquelle le code déclare que le nombre des témoins *ne doit pas être augmenté.* (Voy. Maynz, § 380, note 33.)

2012. II. En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera *entièrement écrit, daté et signé de sa main,* qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription il écrira, en leur présence, *que le papier qu'il présente est son testament :* après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins, et sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976 » (art. 979).

La déclaration *écrite* du testateur remplace la déclaration *orale* que le papier présenté est son testament.

Pour être valable, le testament doit donc réunir toutes les formalités du testament olographe. Pourquoi? Il est difficile de donner une bonne réponse. Voici les explications des auteurs :

En 1804, l'éducation des sourds-muets était loin d'avoir atteint le degré de perfection auquel elle est arrivée aujourd'hui; le législateur a exigé que le testament fût *écrit de la main du testateur muet* pour avoir une preuve légale de son intelligence et afin que l'on fût bien sûr qu'il disposerait en parfaite connaissance de cause.

Quant à la nécessité de la *date,* c'est une simple inadvertance

du législateur. L'article 12 de l'ordonnance de 1735, dont l'article 979 du code est une reproduction textuelle, voulait que le testament secret *et* l'acte de suscription fussent datés *dans tous les cas*, quelle que fût la qualité du testateur. Le code, dans l'article 976, a implicitement abrogé la disposition de l'ordonnance sur ce point, en ne prescrivant plus la date de l'écrit testamentaire, et c'est par mégarde que l'article 979 l'a reproduite. (Mourlon, t. II, p. 349; Demolombe, n[os] 404, 405.)

2013. Les formalités prescrites par la loi doivent être accomplies à peine de nullité.

Mais lorsque le testament mystique n'est pas valable comme tel, peut-il valoir comme testament olographe, si l'acte testamentaire renfermé dans l'enveloppe est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur? Question controversée déjà anciennement, mais résolue aujourd'hui affirmativement par la doctrine et la jurisprudence. Car le testateur a voulu tester; il n'a pas entendu laisser régler sa succession par la loi. S'il a choisi la forme mystique, c'est par un surcroît de précaution, mais son but essentiel était de laisser ses dernières volontés. L'écrit intérieur et l'acte de suscription ne forment point un tout indivisible; l'un peut être nul, tandis que l'autre est valable. D'ailleurs le code reconnaît en principe qu'un acte authentique nul en la forme peut valoir comme acte sous seing privé (art. 1318).

Il est évident que le testament ne vaudrait pas comme olographe si le testateur avait manifesté d'une manière non équivoque l'intention d'en subordonner la validité à la condition de valoir comme testament mystique, ou de considérer l'écrit comme un simple projet, tant qu'il n'aurait pas reçu son complément par la forme du testament mystique. (Demolombe, n[os] 408, 409; Mourlon, t. II, p. 348; Zachariæ, § 671, note 27.)

2014. Si toutes les formalités du testament mystique ont été accomplies, l'écrit contenant les dispositions du testateur participe-t-il à l'authenticité de l'acte de suscription? Cette question divise les auteurs.

Les uns répondent affirmativement, parce que l'écrit intérieur et l'acte de suscription ne forment désormais qu'un seul tout, un testament unique, et que la déclaration faite par le testateur au notaire et aux témoins donne à ce testament le caractère d'un

acte authentique. Ils en concluent que ce testament ne peut être attaqué que par la voie de l'inscription de faux. (Troplong, n° 1652; Demolombe, nos 410, 411.)

Les autres soutiennent que l'acte de suscription constate bien, jusqu'à inscription de faux, la *déclaration du testateur* que l'écrit qu'il présente comme contenant ses dernières volontés a été écrit ou signé par lui, mais qu'il ne constate pas de même la vérité du fait ainsi déclaré, puisque le notaire n'atteste pas ce fait comme s'étant passé en sa présence; qu'en conséquence, si la signature du testateur apposée à l'écrit intérieur est méconnue, celui qui veut se prévaloir du testament doit, comme en matière de testament olographe, en poursuivre la vérification. (Zachariæ, § 671, note 28.)

Nous croyons que les deux opinions sont erronées. Car il est évident que l'écrit intérieur n'est pas, par lui-même, un acte authentique, que le notaire ne l'a pas vu signer et que celui qui en méconnaît la signature n'attaque point la sincérité de l'officier public. Cet argument n'est pas réfuté par les considérations qu'opposent les partisans de la première opinion.

D'un autre côté, les défenseurs du deuxième système assimilent à tort le testament mystique au testament olographe. Lorsqu'un testament olographe est produit, *rien ne prouve* qu'il soit l'œuvre de celui à qui il est attribué; celui qui le soutient doit l'établir en cas de dénégation. Il n'en est pas de même du testament mystique. Celui qui s'en prévaut produit en même temps la *déclaration authentique du testateur que ce papier est son testament*. Cette déclaration peut donc être opposée aux héritiers. Mais, comme le *fait déclaré* dans un acte authentique n'est pas attesté *de visu et auditu* par l'officier public, il ne faut pas l'*inscription en faux* pour le renverser; il peut être réfuté par la preuve contraire, conformément aux principes généraux sur la force probante des actes authentiques. (Laurent, t. XIII, n° 430.)

Donc, si la signature du testateur est méconnue, le légataire institué n'est pas tenu d'en poursuivre la vérification; c'est à l'héritier qui attaque le testament à prouver qu'il n'est pas sincère.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS (art. 981-1001).

2015. Il y a des circonstances dans lesquelles il est difficile ou même impossible de faire un testament authentique dans les formes prescrites par la loi, par exemple, pendant le service militaire, ou dans une contrée où règne une maladie contagieuse, ou pendant un voyage par mer, et c'est dans ces mêmes circonstances que la vie est le plus exposée et qu'il devient plus urgent et plus utile de manifester ses dernières volontés. Aussi, presque toutes les législations ont-elles admis, pour ces différents cas, des formalités particulières pour des testaments qui donnent autant de sûretés que le permet la possibilité d'exécution. (Exposé des motifs, n° 60; Rapp. au Tribunat, n° 58, Locré, 402, 467.)

Nous avons déjà vu que, pour les mêmes motifs, la loi a permis de dresser, avec des formalités spéciales, les actes de l'état civil pendant un voyage en mer ou concernant les militaires hors du territoire français (art. 59-62, 86-98; t. Ier, nos 172, 181, 184, 185).

I. DU TESTAMENT MILITAIRE (art. 981-984).

2016. Déjà chez les Romains, le *testament militaire* était privilégié, tant quant au fond que quant à la forme. Pour que son testament fût valable quant à la *forme*, il suffisait que le soldat déclarât sa volonté d'une manière certaine avec l'intention de tester. Il pouvait même la déclarer *verbalement;* mais alors il fallait qu'il y eût des assistants pour avoir une preuve de sa volonté. (Maynz, *Droit romain*, § 381, 4°.)

« L'usage du testament militaire fut admis et fréquemment pratiqué dans notre ancien droit français », dit Troplong; « longtemps il fut valable sans écriture, de même qu'en droit romain... Le Grand Coutumier de France, composé vers l'an 1409, établit aussi qu'à cette époque les testaments militaires étaient en usage. Ces testaments, faits de vive voix et sans formalités, étaient alors approuvés et reçus dans toutes les cours souve-

raines du royaume. Et c'est ce que confirme Dumoulin, qui enseigne que les testaments militaires pouvaient avoir lieu sans solennité et valaient *sine scripturâ*. Mais depuis lors, l'ordonnance d'Orléans de 1560 ayant prescrit que les testaments fussent signés des testateurs, et l'ordonnance de Moulins de 1566 ayant rejeté la preuve par témoins des choses qui excèdent 100 livres, on se demanda si les testaments militaires pouvaient désormais être dispensés de la solennité de l'écriture. Là-dessus il y avait une grande divergence de la jurisprudence. »

Dans les pays de droit écrit, on continuait d'admettre la validité des testaments purement oraux. Mais, dans les pays coutumiers, surtout dans le ressort du parlement de Paris, on rejetait tous les testaments nuncupatifs, sans faire une exception en faveur des militaires. Toutefois on admettait que le testament d'un militaire pouvait être dispensé des solennités ordinaires.

L'ordonnance de 1735, article 27, auquel le code a emprunté presque toutes ses règles, a mis fin à ces divergences en exigeant que toute disposition testamentaire des militaires fût écrite. (Troplong, n°s 1690-1694; Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Dispositions entre-vifs*, etc., n° 3353.)

2017. Forme du testament militaire. Les testaments militaires pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires de guerre, ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins (art. 981).

Ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice (art. 982).

2018. Les personnes qui peuvent faire un testament *militaire* sont les militaires et les individus employés dans les armées qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur puissent en profiter, à moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre (art. 983).

2019. Durée de ce testament. « Le testament militaire sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans le lieu où il aura la liberté d'employer les *formes ordinaires* », dit l'article 984, mots qui veulent dire : « par acte public ou dans la forme mystique ». Car, on est toujours libre de tester dans la forme olographe.

D'après le droit romain, le testament du soldat conservait sa validité pendant toute la durée du service et encore un an après sa sortie, pourvu qu'il eût obtenu un congé honorable.

Si, avant l'expiration des six mois, le militaire était de nouveau placé dans les conditions requises pour pouvoir faire un testament privilégié, son testament continuerait d'être valable, même après l'expiration de ce délai (fr. 33, § 1, D., *De testamento militis*, 29, 1). (Zachariæ, § 672, note 8.)

II. DU TESTAMENT FAIT EN TEMPS DE PESTE (art. 985-987).

2020. Une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien de l'année 290 avait affranchi le testament fait dans un lieu frappé d'une maladie contagieuse (*contagio*) seulement de l'observation de la règle qui veut que *tous les témoins soient réunis ensemble* au moment où le testament est fait. (L. 8, C., *De testamentis*, 6, 23.) Il n'était dispensé d'aucune autre formalité.

Dans les pays de droit écrit, les privilèges du testament fait en temps de peste — *tempore pestis conditum* — comme il fut appelé par les commentateurs, furent étendus par la jurisprudence. Au parlement de Provence et au parlement de Grenoble, on permit de tester en présence de cinq ; au parlement de Toulouse, en présence de deux ou trois témoins, quand le mal était violent.

Dans les pays de coutumes, et notamment au parlement de Paris, on refusait aux pestiférés la faculté de s'affranchir des solennités ordinaires.

L'ordonnance de 1735 prescrivit que deux notaires ou deux officiers de justice, ou un notaire, ou un officier de justice, ou un prêtre avec deux témoins pourraient recevoir un testament en temps de peste. (Troplong, nos 1706-1708.) Le code a presque suivi cette ordonnance.

2021. Quelle est la forme de ce testament? « Les testaments

faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le *juge de paix*, ou devant l'*un des officiers municipaux de la commune*, en présence de *deux* témoins » (article 985).

2022. Qui peut disposer en cette forme? Cette disposition aura lieu, dit l'article 986 « tant à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades. »

2023. Durée de ce testament. « Les testaments mentionnés aux deux numéros précédents deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues » (art. 987).

III. DU TESTAMENT MARITIME (art. 988-997.)

2024. En droit romain, les soldats de la flotte et les marins des escadres impériales pouvaient tester dans la forme du testament militaire. (Fr., *unic.*, § 1, D., *De bonor. possess. ex testam. mil.*, 37, 13.) Mais il n'y avait aucune disposition spéciale concernant les marins non militaires ou les voyageurs par mer.

En France, l'ordonnance de Louis XIV du mois d'août 1681 réglait les testaments de ceux qui faisaient partie de la *marine marchande;* leur testament ne pouvait comprendre que les effets qu'ils avaient sur le vaisseau et les gages qui leur étaient dus, et il n'était valable qu'en cas de mort du testateur sur mer.

L'ordonnance du mois d'avril 1689 réglait les testaments des officiers et des gens de l'équipage sur les vaisseaux du roi. Ils pouvaient disposer de tous leurs biens par un testament passé devant l'écrivain du vaisseau en présence de l'officier principal de quart qui signait; mais le testament n'était valable qu'en cas de mort sur mer. (Troplong, nos 1713, 1714.)

L'ordonnance de 1735 ne s'occupe pas du testament maritime.

2025. Les articles 988-997 renferment deux espèces de dispositions, les unes réglant les formes et les conditions de validité

du testament maritime, les autres prescrivant des mesures pour en assurer la conservation.

A. *Des formes et des conditions de validité du testament maritime.*

2026. Qui peut recevoir le testament ? Il faut distinguer :

1° A bord *des vaisseaux et autres bâtiments de l'État*, les testaments faits sur mer, dans le cours d'un voyage, pourront être reçus par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions ;

2° A bord des *bâtiments de commerce,* par l'écrivain du navire ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

Dans les deux cas, ces testaments devront être reçus en présence de deux témoins (art. 988).

Dans la marine de l'État, c'est le *capitaine* qui *écrit* le testament, et il est *assisté* par l'officier d'administration. Dans la marine marchande, c'est l'inverse ; l'*écrivain* tient la plume. C'est parce que le capitaine d'un navire marchand, quoique bon marin, est souvent moins instruit que l'écrivain du navire. (Mourlon, t. II, p. 354.)

2027. « Sur les bâtiments de l'État, le testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration, et sur les bâtiments de commerce, celui du capitaine, du maître ou patron, ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article 988 » (art. 989).

2028. Qui peut disposer par testament maritime et à quelles conditions ? Ce sont tous les hommes de l'équipage et les simples passagers qui ne font point partie de l'équipage ; en d'autres termes : tous ceux qui se trouvent à bord du navire (art. 995). Cet article a été ajouté pour faire cesser un doute qui s'était élevé, sous l'ancien droit, sur le point de savoir si les simples passagers pouvaient faire un testament maritime.

Mais il faut *deux* conditions pour que le testament soit réputé maritime :

Il faut 1° qu'il ait été fait *en mer ;*

2° Qu'il ait été fait *pendant le cours du voyage ;* donc il n'est pas maritime s'il a été fait, quoique *sur* mer, dans un port ou une rade *avant* le départ du navire.

2029. Mais l'article 994 dit : « Le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage, si, au temps où il a été fait, le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français ; auquel cas il ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant les formes usitées dans les pays où il aura été fait. »

Dans ce cas, le privilége du testament maritime cesse parce que le marin ou le passager peut faire ou aurait pu faire un testament devant l'officier public français. L'officier public français ou belge compétent est l'agent diplomatique et le consul. (Voy. Arntz, *Précis méthodique des règlements consulaires en Belgique*, § 17.)

2030. Durée de ce testament. Le testament maritime ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires, c'est-à-dire, dans la forme du testament public ou du testament mystique (art. 996 et *suprà*, n° 2019).

2031. Sur l'article 997, voy. *suprà*, n° 1745.

B. *Des mesures prescrites pour assurer la conservation du testament maritime.*

2032. Les règles prescrites par les articles 990-993 ont pour but de mettre le testament maritime à l'abri des dangers de la navigation et d'en prévenir la perte ; mais ces mesures ne constituent pas des formes du testament prescrites pour sa validité. L'inobservation de ces règles n'entraîne donc pas la nullité du testament. Ainsi, par exemple, le testament ne serait pas moins valable si le testateur mourait avant que le double original prescrit par l'article 990 ait pu en être rédigé.

Les mesures prescrites dans ce but sont les suivantes :

Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments maritimes (art. 990).

Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine ; et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur (art. 991). (Arntz, *Règlements consul.*, § 17, *Appendice*.)

Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre que celui de l'armement, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, seront remis au bureau du préposé de l'inscription maritime; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article (art. 992).

Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge, du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime (art. 993).

Cette dernière disposition a pour but de mettre les intéressés à même de se procurer des renseignements sur l'existence du testament.

En **Belgique**, le bureau du *préposé de l'inscription maritime* est remplacé par le bureau du *commissaire maritime*, et, à son défaut, par le bureau du chef de l'administration locale (arrêté du 4 mai 1826 ; loi du 27 septembre 1842, art. 1er).

IV. DISPOSITIONS COMMUNES AUX TROIS ESPÈCES DE TESTAMENTS PRIVILÉGIÉS (art. 998).

2033. Les trois testaments doivent être signés par les testateurs et par ceux qui les ont reçus. Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il doit être fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le

testament doit être signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'a pas signé (art. 998).

Ces formalités doivent être observées à peine de nullité (article 1001).

2034. La loi ne prescrit pas d'autres formalités pour les testaments privilégiés. Sont-ce les seules qui doivent être observées, ou bien y en a-t-il d'autres? Et lesquelles? Y a-t-il un principe à suivre? De là plusieurs questions controversées.

Ce qui est certain, c'est que l'on ne peut pas argumenter d'une manière absolue de ce qu'une disposition est placée dans une section, pour en conclure qu'elle ne soit pas applicable aux matières traitées dans une autre section.

2035. Et d'abord, faut-il que les témoins soient mâles, majeurs, regnicoles et jouissant des droits civils? Oui; l'article 980, quoique placé dans la première section, est général et s'applique à *tous* les testaments; « les témoins appelés pour être présents *aux testaments* », y est-il dit. (Zachariæ, § 672, note 3; Demolombe, n° 432.)

2036. Les incapacités prononcées par l'article 975 sont-elles applicables aux témoins? Oui, par le même motif et pour des raisons tirées des articles 39 à 42 de l'ordonnance de 1735; car les testaments privilégiés sont aussi des testaments publics, et les incapacités de l'article 975 sont établies pour le testament public en général. (Demolombe, n° 432).

2037. Le testament privilégié doit-il être daté? La loi ne prescrit la date expressément que pour le testament olographe, et implicitement, par application de la loi du 25 ventôse an XI, pour le testament public et l'acte de suscription du testament mystique. Mais les officiers appelés à dresser les testaments privilégiés ne sont pas tenus de connaître la loi de ventôse. Malgré l'importance de la date et les difficultés qui pourraient résulter de son omission, nous ne pouvons admettre la nullité du testament pour ce dernier motif. Le silence de la loi, la compétence exceptionnelle des officiers publics chargés de recevoir ces testaments, les circonstances extraordinaires dans lesquelles ces testaments sont faits, sont autant de raisons de les juger moins sévèrement. Au reste, le plus souvent la date peut être établie par d'autres moyens, par exemple, par la notoriété publique, par

les rapports de l'armée, par le rôle d'équipage, par le rapport de mer que doit faire le capitaine de navire, par les visas des consuls, etc. (code de commerce, art. 244).

2038. Les règles du code concernant la lecture du testament et les dispositions de la loi de ventôse ne s'appliquent pas aux testaments privilégiés. (Demolombe, n° 434.)

V. DU TESTAMENT FAIT PAR UN FRANÇAIS EN PAYS ÉTRANGER (art. 999).

2039. Un Français qui se trouve en pays étranger peut faire ses dispositions testamentaires de deux manières :

1° Par un testament olographe ou sous signature privée rédigé dans la forme prescrite par l'article 970 (*suprà*, n°s 1959-1969), alors même que la loi du pays où il se trouve n'admettrait pas cette forme. C'est une dérogation à la règle *Locus regit actum* (t. Ier, n°s 74, 75). D'où vient cette dérogation? Elle peut sans doute se justifier par des motifs d'utilité. C'est pour le Français un grand avantage de pouvoir écrire lui-même ses dernières volontés, sans être obligé de recourir à des formes étrangères qu'il ne connaît pas et qui ne lui offrent peut-être que de médiocres garanties. Et il n'y avait aucune raison d'empêcher les Français d'employer en pays étranger une forme française qui peut être employée partout. (Demolombe, n° 474.)

Il paraît toutefois que cette dérogation a plutôt une origine historique. Avant l'ordonnance de 1735, il y avait grande controverse pour savoir si le testament devait être réglé par la loi du domicile du testateur, par celle du lieu de la situation des biens, ou par celle du lieu de sa confection. L'ordonnance, dans ses articles 32 et 37, a appliqué aux testaments le principe *Locus regit actum*. Ricard avait contesté cette règle. « Mais », dit Troplong, « cet auteur avait ouvert un point de vue ingénieux, en ce qui concerne le testament olographe fait par un Français dans un pays où cette forme n'est pas admise. Il pensait qu'en ce cas le testament olographe était valable par la puissance de la loi du domicile. Cette opinion était assez généralement repoussée dans l'ancienne jurisprudence, mais les auteurs du code l'ont adoptée. (Troplong, n° 1737.)

2040. 2° Le Français en pays étranger peut aussi tester « *par acte authentique*, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé », dit l'article 999. C'est là évidemment une *application* de la règle *Locus regit actum*, pour le cas où l'on voudra tester par un acte authentique.

Mais la rédaction de cet article a fait naître une controverse. Ne peut-on tester en pays étranger *que par acte authentique ?* Ou bien peut-on employer *toute forme* usitée en pays étranger, quand même elle ne serait pas authentique? Il y a trois opinions.

1° On ne peut employer que la forme authentique. Cette opinion compte peu de partisans.

2° On ne peut tester que dans la forme authentique; mais pour déterminer ce qu'il faut entendre par acte authentique, il ne faut pas s'en référer à l'article 1317 du code, qui subordonne l'authenticité à la présence d'un officier public; il faut consulter seulement la loi du pays où le testament a été fait. (Zachariæ, § 661, note 1.)

3° On peut faire le testament avec les formes usitées dans le pays où l'acte est passé, quelles que soient ces formes, authentiques ou non. (Demolombe, n° 475; Paris, 10 août 1872, D., 1873, 2, 149.)

Les éléments de solution de cette question nous font absolument défaut. Les auteurs du projet primitif du code civil (celui de la commission nommée par l'arrêté du 24 thermidor an VIII) partageaient sans doute cette dernière opinion, car leur projet ne contient aucun article *spécial* sur la forme des testaments faits par des Français en pays étranger; mais l'article 6 du titre IV du *Livre préliminaire* renfermait une disposition générale ainsi conçue : « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » Nous avons dit, t. Ier, n° 74, pourquoi cet article ne fut pas reçu dans le code. Dans le projet soumis à la discussion du conseil d'État, l'article 999 ne se trouve pas dans la section qui traite des *formes des testaments*. (Voy. Locré, p. 232, 233, 235-238.) Nous ne voyons pas quand et par qui il a été proposé. Mais il se trouve portant le n° 124, à la fin de la section III, *De la rédaction des testaments et de leur caducité*, présentée par Bigot-Préameneu dans la séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI (18 mars 1803), et dans la même séance il

fut adopté sans discussion et renvoyé à la section : *De la forme des testaments*. (Voy. cette séance, n[os] 13 et 20, Locré, 257, 259, 261.) Cet article 124 est rédigé à peu près comme l'article 999.

Les mots : *par acte authentique* s'y trouvent-ils par une simple inadvertance ou seulement pour mieux accentuer l'antithèse aux mots *signature privée* qui précèdent immédiatement? Ou bien les auteurs du code se sont-ils écartés de la pensée des auteurs du projet primitif? C'est difficile à dire. Dans cette incertitude, il faut s'en tenir au texte de la loi, qui ne permet de tester avec les formalités usitées en pays étranger que par acte authentique. Mais il est évident que c'est uniquement d'après la loi étrangère qu'il faut décider ce que l'on entend par acte authentique; cette thèse est conforme au principe *Locus regit actum*.

2041. « Les testaments faits en pays étrangers ne pourront être exécutés sur les biens situés en France qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France, et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit » (art. 1000).

Cette disposition ne concerne pas la forme ni la validité, mais seulement l'exécution du testament.

SECTION III.

DES INSTITUTIONS D'HÉRITIER ET DES LEGS EN GÉNÉRAL (art. 1002).

I. OBSERVATIONS HISTORIQUES.

2042. D'après le droit romain, un testament n'était pas valable s'il ne contenait pas une *institution d'héritier* (*caput et fundamentum testamenti*). Le droit coutumier ne permettait pas l'institution d'héritier. D'après quelques coutumes, l'institution d'héritier entraînait la nullité de la disposition, même comme legs, et l'insti-

tué ne recevait rien; mais suivant le plus grand nombre d'elles, cette dénomination était indifférente et toute personne instituée, soit à titre universel, soit à titre particulier, était appelée légataire (*suprà*, nos 1242-1247). Celui qui était institué sur l'universalité des biens était appelé *légataire universel*, mais il n'était pas *héritier* et ne représentait pas le défunt. Le testateur pouvait imposer à son héritier des charges et des legs, mais il ne pouvait pas lui enlever la qualité d'héritier.

2043. Le code n'a adopté ni le système du droit romain ni celui du droit coutumier. L'institution d'héritier n'est pas nécessaire pour la validité du testament. Le testateur peut employer indistinctement les termes d'institution d'héritier ou de legs; il peut même n'employer ni l'un ni l'autre; le testament vaudra sous quelque titre qu'il ait été fait, soit sous celui d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs universel ou particulier, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. La dénomination dont le testateur s'est servi n'a aucune influence *ni sur la validité ni sur les effets* de la disposition, lesquels doivent être déterminés d'après son caractère intrinsèque et réel. L'héritier institué et le légataire universel ont les mêmes droits et sont sujets aux mêmes charges. (Exposé des motifs, nos 54 et 62; rapport au Tribunat, n° 60, Locré, 399, 402, 468.)

Pour bien accentuer cette pensée, les auteurs du code ont, sur la proposition du Tribunat, adopté l'article 1002, ainsi conçu : « Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier. Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel, et pour les legs particuliers. »

Mais, en conservant dans les dispositions organiques de cette matière de préférence la dénomination de *legs*, autrefois usitée dans la plus grande partie de la France, les auteurs du code n'ont point entendu y attacher plutôt les effets du droit coutumier que ceux du droit romain. S'ils n'ont plus répété les termes *institution d'héritier*, c'est seulement pour abréger la rédaction. (Observations du Tribunat, n° 52, Locré, 323-325.)

2044. De même que le code divise *tous* les biens en meubles et immeubles et qu'il n'y en a point qui ne doivent être compris dans l'une de ces deux classes (t. I[er], n° 846), de même les dispositions testamentaires *ne peuvent être que de trois sortes :* elles sont ou *universelles,* ou *à titre universel,* ou *à titre particulier* (art. 1002). (Rapport au Tribunat, n° 61, Locré, 468.)

Il est sans doute important de se servir de dénominations propres, pour bien fixer les idées sur leur signification et sur les effets de la disposition; mais quelle que soit la *qualification* employée par le testateur, le caractère du legs sera déterminé d'après la définition de la loi; par exemple, le testament porte : *J'institue Paul héritier de ma maison.* Malgré le terme *héritier,* ce n'est qu'un legs à titre particulier. Le testateur n'a pas besoin de se servir de termes sacramentels.

Toute disposition tombe *nécessairement* dans une des trois classes ci-dessus indiquées.

SECTION IV.

DU LEGS UNIVERSEL (art. 1003-1009).

I. DÉFINITION DE CE LEGS.

2045. « Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou à plusieurs personnes l'*universalité* des biens qu'il laissera à son décès » (art. 1003).

Le caractère essentiel de ce legs consiste donc dans la *vocation* à l'universalité de la succession, c'est-à-dire dans le droit de recueillir *éventuellement* la totalité des biens que le testateur laissera à son décès.

2046. Il résulte de cette définition :

1° Que la disposition est un *legs universel* dans les cas suivants :

a. Si le legs est fait à *plusieurs* individus, pourvu que chacun d'eux soit institué sur la *totalité* des biens; par exemple : *J'institue A et B sur tous mes biens,* ou sur l'*universalité de mes biens.* Chacun

est *institué* sur la *totalité;* mais comme il est impossible, d'après la loi de la nature, que chacun d'eux recueille effectivement la totalité des biens, il se fait nécessairement un partage *par le concours* (*concursu partes fiunt*). Si, par une circonstance quelconque, ce concours venait à cesser, par exemple, si l'un des deux institués mourait avant le testateur, ou s'il renonçait à son droit, l'autre recueillerait seul la totalité à laquelle la disposition l'appelle.

Il en serait encore de même si le testateur avait institué A et B sur la totalité par parts égales ou pour partager par moitié. (Angers, 27 mars 1878, D., 1878, 2, 231.)

b. Si le légataire était institué sur la *nue propriété* de tous les biens ou sur tous les biens *en propriété.* Car, l'usufruit devant s'éteindre un jour par la mort de l'usufruitier, l'institué est *appelé* à la totalité des biens. (Voy. le même arrêt d'Angers.)

Mais le legs de l'usufruit de tous les biens est à titre particulier (voy. *infrà,* n° 2067).

c. Si le légataire institué sur la totalité des biens est chargé de plusieurs legs particuliers, quand même ces derniers absorberaient en réalité *toute* la succession. Il recueillerait la succession en tout ou en partie, si les legs particuliers devenaient caducs en tout ou en partie. Ainsi, par exemple, la disposition porte : *Je donne à A ma maison, à B le restant,* ou *tous mes autres biens.* B serait légataire universel, quand même il n'y aurait dans la succession d'autres biens que la maison du testateur. Elle appartiendrait à B, si le legs donné à A devenait caduc. La délibation d'un objet particulier de la succession ne détruit pas le caractère de l'universalité du successeur, car ce dernier reste néanmoins tenu de *toutes les dettes.*

d. Le legs de la *portion* ou de la *quotité disponible,* ou des biens dont le testateur pourra disposer, est universel. Car la quotité disponible se calcule au moment du décès. Si, à ce moment, le testateur n'a pas d'héritiers réservataires, la quotité disponible comprend la totalité des biens. La vocation est éventuellement universelle, bien que le legs puisse n'être, en réalité, qu'à titre universel par la présence d'un ou de plusieurs héritiers à réserve.

Dans ces divers cas, il importe peu que les différentes insti-

tutions aient été faites dans le même testament ou dans plusieurs testaments distincts.

2047. Il résulte de la définition donnée au n° 2045 :

2° Que la disposition *n'est pas* un legs universel dans les cas suivants :

a. S'il y a assignation de parts à chacun des légataires institués; par exemple : *J'institue A et B chacun sur la moitié.* Aucun des deux n'est appelé à l'universalité des biens; le testateur a, dès le principe, limité le legs à une part. Le legs de l'un devenu caduc reste à l'héritier *ab intestat.*

b. Si un légataire à titre universel a été institué sur une quote-part de la succession et un autre sur le *surplus* ou le restant; par exemple : *Je donne à A un tiers de mes biens, et à B le surplus.* (Exposé des motifs, n° 66, Locré, 407.) Dans ce cas, il y a deux legs à titre universel; les mots *surplus* ou *restant* sont équivalents aux mots : *les autres parts ou portions.* Il y a une différence entre ce cas et celui du numéro précédent, lettre *c.* Car l'universalité de la succession recueillie par celui qui y est appelé, déduction faite du legs particulier, n'est pas détruite; il reste le *seul* représentant du défunt; qui pourrait être l'autre? Mais le legs d'une quotité fractionne l'universalité elle-même, et le *surplus* ne s'entend plus que de l'autre quotité. Toutefois la question est controversée. (Voy. Demolombe, n° 543.)

c. Par le même motif, si un legs comprenait une certaine espèce de biens en tout ou en partie, par exemple *tous les immeubles* ou *tous les meubles,* et l'autre le surplus ou le restant des biens.

d. Si un ou plusieurs légataires étaient institués sur des objets particuliers et désignés, quand même cette institution épuiserait toute la succession, par exemple : *Je donne à A tous mes livres; à B tous mes meubles meublants; à C tous mes fonds publics,* etc., ou bien s'il avait donné à B *tous ses meubles,* en ne laissant que des meubles.

e. Si le legs, sans être fait à titre d'universalité, comprenait plusieurs biens désignés sous une dénomination générale, formant même toute la fortune du testateur; par exemple, le testateur lègue à X toute sa part dans la communauté existant entre lui et sa femme; ou bien il lègue toute la succession qu'il a reçue

de son oncle. Dans l'un et dans l'autre cas, le legs serait *à titre particulier*, quand même le testateur n'aurait pas laissé d'autres biens. On peut donc, de fait, recueillir toute une succession sans être légataire universel.

II. DES EFFETS DU LEGS UNIVERSEL.

2048. Il faut examiner les effets du legs universel : 1° quant à la prise de possession; 2° quant au droit aux fruits; 3° quant à l'obligation de payer les dettes de la succession et les legs.

A. *De la prise de possession du legs.*

2049. Une longue discussion s'est engagée au conseil d'État sur la question de savoir si la saisine devrait appartenir à l'héritier *institué* ou légataire universel, ou bien si elle devrait *toujours* appartenir à l'héritier *ab intestat*. Le projet primitif (art. 95) et celui de la section de législation (art. 85) avaient conservé la règle du droit coutumier qui refusait la saisine au légataire universel (*suprà*, n° 1267). Le consul Cambacérès proposa la distinction qui a passé dans le code. (Séance du 27 ventôse an XI (18 mars 1803), n° 2, Locré, p. 245-255.)

2050. Le code distingue deux hypothèses :

1° « Lorsque au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament » (art. 1004).

La loi a donné la possession aux héritiers réservataires, à cause de leur qualité privilégiée, et afin d'assurer l'intégralité de la réserve, que le testateur ne pouvait leur enlever, et qui aurait pu être compromise si le légataire avait pu se mettre en possession de la succession.

Le testateur ne peut pas déroger à cette règle. Si le légataire demande à l'héritier réservataire la délivrance du legs, ce dernier fera valoir son droit à la réserve par *voie d'exception*.

2051. Il résulte de ce qui précède que le légataire universel, dont le legs se trouve de plein droit réduit à la quotité disponi-

ble, ne peut pas se mettre *lui-même* en possession de la portion héréditaire.

Mais, comme son *droit de propriété* est indépendant de la saisine, il peut, avant la délivrance, disposer de son legs par vente, donation ou autrement, et ses créanciers peuvent le frapper de saisie ou d'opposition. (Liége, 29 juillet 1874, P., 1875, 116.)

Le légataire peut aussi prendre des mesures conservatoires.

Est-il vrai de dire qu'avant la délivrance judiciairement obtenue ou volontairement consentie il ne puisse agir contre les tiers détenteurs des biens ou débiteurs de la succession, et qu'il ne puisse pas être poursuivi par les créanciers de la succession?

Nous ne le croyons pas. (Voy. *suprà*, n° 1805.) Sans doute, la thèse serait vraie s'il y avait contestation entre le légataire et l'héritier sur la validité du testament, car alors la qualité du légataire pour poursuivre ou pour être poursuivi ne serait pas établie.

2052. « Lorsque au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance » (art. 1006).

Dans ce cas, la succession testamentaire prévaut sur la succession *ab intestat*. Si l'héritier *ab intestat* a un droit fondé sur *la loi*, son droit se trouve légalement détruit par un *titre* évident, dont l'existence peut être reconnue à l'instant même et auquel provision est due. Il peut donc se mettre lui-même, de sa propre autorité, en possession des biens du défunt, et, par exemple, entrer dans la maison mortuaire sans autre forme de procès; et, en cas de résistance par l'héritier, il peut intenter contre lui les actions possessoires. (*Suprà*, n° 1273.)

Il en sera de même lorsque l'héritier à réserve aura *renoncé* à la succession ou aura été déclaré *indigne*. Il en sera encore de même dans le cas où le testateur ne pourrait, à cause de sa minorité, disposer que de la moitié de ses biens, comme dans celui où le légataire universel est un enfant naturel reconnu du testateur et, comme tel, incapable de recevoir au delà d'une quotité déterminée (art. 908). Car par cela seul que le legs est réductible, la saisine ne cesse pas, puisque la réduction a lieu aussi lorsque le légataire universel est en présence d'un légataire à

titre universel, et, néanmoins, il a la saisine. (Zachariæ, § 719, notes 2 et 3. En sens contraire, Demolombe, n° 567.)

Si le legs était *conditionnel*, le légataire ne pourrait se mettre en possession qu'après l'accomplissement de la condition; jusque-là les héritiers *ab intestat* conserveraient la saisine. (Demolombe, n° 561.)

2053. L'*exercice* de son droit à la saisine est réglé de la manière suivante :

A. Si le testament est *authentique*, il constitue un titre *exécutoire par lui-même*, indépendamment de toute formalité. Le légataire peut donc en requérir l'exécution sans l'intervention du tribunal, et elle ne pourra être suspendue que par une inscription de faux (art. 1319, alin. 2).

Par la même raison, la *délivrance* ne peut être suspendue que par une inscription en faux, lorsqu'il y a des héritiers à réserve.

2054. *B*. Si le testament *n'est pas authentique*, c'est-à-dire, s'il est olographe ou mystique, le légataire universel est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte; cette ordonnance sera mise au bas d'une requête, à laquelle devra être joint l'acte de dépôt du testament (art. 1008).

Pour obtenir cette ordonnance il faut remplir les formalités que voici :

Si le testament est *olographe*, il devra, avant d'être mis à exécution, être présenté au président du tribunal de l'ouverture de la succession. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis.

« Si le testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt seront faits de la même manière; mais l'ouverture ne pourra se faire qu'en présence de ceux des notaires et des témoins signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés » (art. 1007).

Le président du lieu de l'ouverture de la succession est seul compétent pour statuer sur cet envoi en possession, alors même

que le dépôt du testament en l'étude d'un notaire aurait été prescrit par une ordonnance antérieure du président du tribunal du domicile du testateur. Dans ce cas l'envoi en possession du légataire universel institué par ce testament est régulièrement demandé sur la simple production d'une expédition du testament ainsi déposé. (Nancy, 18 juin 1869, D., 1870, 2, 114; Dijon, 25 mars 1870, D., 1874, 5, 305; Rennes, 19 septembre 1870, D., 1871, 1, 301.)

2055. Ces formalités et le dépôt entre les mains du notaire sont *toujours* nécessaires lorsque le testament est olographe ou mystique, quelles que soient les dispositions qu'il contienne, et quelle que soit la qualité des héritiers *ab intestat;* donc aussi dans le cas où le légataire devra demander la délivrance à des réservataires.

Le procès-verbal de description a pour but de prévenir les fraudes qui pourraient se pratiquer après l'ouverture du testament. Le dépôt chez le notaire a pour but de conserver le testament et de mettre les parties intéressées à même d'en prendre connaissance, de le vérifier et d'en attaquer la sincérité s'il y a lieu.

Le président a le droit d'examiner, en cas de contestation, si le legs dont l'envoi en possession est réclamé a ou n'a pas le caractère d'un legs universel, sauf aux parties à porter la contestation devant le tribunal. (Cass. fr., 26 novembre 1856, D., 1856, 1, 429; Nancy, 3 février 1870, D., 1870, 2, 113.)

L'envoi en possession ne fait pas obstacle à ce que les héritiers attaquent le testament comme faux ou comme nul, et il ne rend pas la position du légataire plus avantageuse en ce qui concerne la preuve. C'est à lui d'établir la sincérité de l'écriture. (*Suprà,* n° 1967.)

2056. Les parties intéressées ont le droit de requérir des mesures conservatoires, telles qu'apposition des scellés, inventaire des biens de la succession; elles pourraient même former opposition à l'envoi en possession, et le juge pourrait, selon les circonstances, ordonner un séquestre des biens de la succession (arg. art. 1961, 2°). (Demolombe, n°s 512-514.)

2057. Le code ne prévoit que l'hypothèse où il y a des héritiers réservataires et celle où il n'y en a pas. Mais il peut y avoir

encore d'autres cas dans lesquels la question de la saisine peut soulever des controverses.

2058. 1° Il peut y avoir un héritier réservataire et des héritiers non réservataires, par exemple le père et des frères et sœurs; ou bien un ascendant dans une ligne et des collatéraux dans l'autre ligne. Le légataire aura-t-il alors la saisine de la portion de la succession qui lui est dévolue? Non; l'article 1006 est formel; il ne lui donne la saisine que *lorsqu'il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité des biens soit réservée par la loi*. Alors *tous* les héritiers *ab intestat* ont la saisine chacun pour sa part, et le légataire, copropriétaire par indivis des biens de la succession, doit diriger la demande en délivrance contre *tous* les héritiers.

2059. 2° Il y a des frères et sœurs et des aïeuls. Les aïeuls sont exclus de la succession; il n'y a donc pas d'héritiers réservataires et le légataire a la saisine. Il la conserverait alors même que les frères et sœurs renonceraient à la succession, par les raisons données *suprà*, aux n°s 1776-1779. En sens contraire, Demolombe, n° 563.

2060. 3° Il y a des héritiers collatéraux et un enfant naturel. Ce dernier a droit à une réserve (*suprà*, n°s 1780-1781); mais il n'est pas *héritier;* donc, le légataire universel a la saisine (arg. de l'art. 1006, *suprà*, n° 2052).

B. *Du droit du légataire universel aux fruits de son legs.*

2061. Après avoir dit que le légataire universel n'a pas la saisine s'il y a des héritiers à réserve, le code continue, dans l'article 1005 : « Néanmoins, dans les mêmes cas, le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette époque; sinon, cette jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance aurait été volontairement consentie. » Si la délivrance volontaire a eu lieu dans l'année, le légataire a aussi droit aux fruits à partir du décès du testateur. (Cass. fr., 22 avril 1851, D., 1852, 1, 151.)

Cette disposition est une innovation introduite lors de la dis-

cussion et qui ne se trouve ni dans le projet primitif, ni dans celui soumis au conseil d'État. Le projet n'attribuait à *tous* les légataires indistinctement les fruits qu'à partir du jour de la demande en délivrance, conformément à l'ancienne jurisprudence coutumière. En accordant au légataire universel la saisine et en l'assimilant ainsi à l'héritier testamentaire du droit romain, les auteurs du code lui ont aussi appliqué la règle du fr. 20, § 3, D., *de hæred. petit.*, 5, 3 : *fructus augent hæreditatem*, d'après laquelle toute universalité se grossit de plein droit des fruits qu'elle produit. (Voy. *suprà*, n° 1664.)

La rigueur de ce principe a été tempérée, on ne voit pas pour quel motif; les discussions n'en donnent pas. Ce ne peut être à raison de la bonne foi de l'héritier, car le testament lui révèle le vice de son titre, et la loi ne distingue pas entre le cas où le réservataire a connu et celui où il a ignoré l'existence du testament. Peut-être est-ce un simple ménagement pour l'héritier qui a pu avoir consommé les fruits; peut-être est-ce une transaction entre la règle *Fructus augent hæreditatem* et la règle qui ne donnait les fruits qu'à partir du jour de la demande, comme la saisine du légataire universel est elle-même une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier. (*Suprà*, n° 1272.)

Le légataire universel, alors même qu'il serait, au décès du *de cujus*, en possession de la succession, devrait demander la délivrance aux héritiers réservataires, et leur restituer les fruits par lui perçus avant cette demande. (Alger, 19 février 1875; D., 1877, 2, 83.)

C. *Comment le légataire universel est-il tenu des dettes et des legs?*

2062. 1. Quant aux *dettes*, nous avons établi, *suprà*, aux nos 1576-1585 et 1600-1606, que le légataire universel est tenu des dettes de la succession comme l'héritier lui-même, et *ultrà vires*, s'il n'a pas accepté le legs sous bénéfice d'inventaire. Donc, s'il y a un héritier réservataire, il est tenu avec celui-ci aux dettes *pro rata* de la portion qu'il prend dans la succession; s'il n'y a pas de réservataire, il est seul tenu de toutes les dettes (art. 1009). (Angers, 1er mai 1867; D., 1867, 2, 85.)

2063. 2. Quant aux *legs*, il est évident que le réservataire

n'en est pas tenu et qu'il ne doit pas y contribuer, puisqu'il doit conserver sa réserve intacte (*suprà*, n° 1765). Le légataire universel doit donc seul les payer, et il en est tenu *ultrà vires* s'il n'a pas accepté la succession sous bénéfice d'inventaire : *et il sera tenu de payer tous les legs*, dit le même article, en employant les mêmes expressions que celles par lesquelles il lui impose l'obligation de payer les dettes de la succession. Les motifs donnés aux n°s 1600-1606 s'appliquent également à l'obligation de payer les legs. (Demolombe, n° 572.)

2064. L'article 1009 porte que le légataire universel *sera tenu d'acquitter* TOUS *les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles* 926 *et* 927. N'y a-t-il pas une antinomie entre cet article et l'article 926, qui admet la réduction de tous les legs *au marc le franc?* (*Suprà*, n° 1816.) Et n'y a-t-il pas toujours *réduction* lorsqu'il y a un légataire universel et un héritier à réserve? Il n'y a pas d'antinomie; car *tous*, dans l'article 1009, ne veut pas dire *intégralement*, puisqu'il renvoie à l'article 926, qui admet la réduction. Il doit payer tous les legs, mais en faisant subir à *chacun* la réduction prévue par la loi. D'ailleurs, les termes *tous les legs* forment ici antithèse aux mots *dettes et charges de la succession,* lesquelles ne doivent pas être supportées toutes par le légataire, mais seulement en proportion de sa part héréditaire. (Mourlon, t. II, p. 374.)

SECTION V.

DU LEGS A TITRE UNIVERSEL (art. 1010-1013).

I. DÉFINITION DE CE LEGS.

2065. Sous l'ancien droit on ne distinguait que deux espèces de legs : les *legs universels*, qui comprenaient aussi ceux que le code appelle les legs à titre universel, et les *legs particuliers* ou *à titre particulier*. (Pothier, *Des donations testament.*, chap. II, sect. I, § 11.) Le projet du code, n'accordant la saisine à aucun légataire, avait maintenu cette classification. Lorsque, pendant la

discussion, la saisine avait été attachée au legs universel proprement dit, il y avait intérêt à le distinguer du legs à titre universel, et la nouvelle classification tripartite fut adoptée.

2066. « Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier. — Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier. » (Art. 1010.)

Aujourd'hui il n'y a plus aucun motif de considérer comme à titre universel le legs de *tous les immeubles* ou de *tout le mobilier*, ou d'une quotité de tous les immeubles ou de tout le mobilier. Ce sont des *universitates facti*. Avec tout autant de raison la loi aurait pu attribuer ce caractère au legs d'une espèce de biens, par exemple, de toutes les vignes ou de tous les troupeaux du testateur. La raison de cette définition est purement historique. Sous l'ancien droit coutumier il y avait autant de successions différentes du même individu qu'il y avait de natures de biens. Un mourant pouvait laisser un héritier des meubles, un autre héritier des immeubles, un autre des propres, un autre des acquêts, et chacune de ces successions formait une universalité juridique, une *universitas juris* (*suprà*, n° 1247). Le code, tout en détruisant l'ancien principe, en a ici laissé subsister les conséquences (art. 732 et *suprà*, n° 1294).

Le legs est encore à titre universel, par l'effet de la réduction, bien qu'il soit universel par la vocation, lorsque le testateur a donné tous ses biens et qu'il y a un héritier à réserve.

2067. Il résulte de la définition que le legs est à titre *particulier*, et non à titre universel, dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il comprend une quantité de meubles ou d'immeubles déterminés, quand même il n'y en aurait dans la succession pas d'autres que ceux qui auraient été énumérés; par exemple, tous les immeubles situés dans telle commune ou tous les bâtiments;

2° S'il comprend toute autre universalité de fait (*universitas facti*) désignée sous une dénomination globale, par exemple, telle succession échue au testateur et non encore liquidée, ou sa part dans la communauté des biens (cass. fr., 15 juin 1868; D., 1868, 1, 324);

3° S'il comprend l'usufruit de tous les biens ou d'une quote-part des biens du testateur, nonobstant la locution vicieuse de l'article 610. (Voy. t. Ier, n° 1017; Orléans, 13 février 1869; D., 1869, 2, 109; Cass. fr., 8 juillet 1874; D., 1874, 1, 457.)

II. DES EFFETS DU LEGS A TITRE UNIVERSEL.

A. *De la prise de possession du legs* (art. 1011).

2068. Le légataire à titre universel n'a pas la saisine; il doit demander la délivrance de son legs. A qui? En règle, à celui qui a la saisine. Il faut distinguer :

1° Il y a un héritier réservataire; c'est à lui que la délivrance doit être demandée;

2° S'il y a un héritier réservataire et un légataire universel, il faut encore distinguer :

A. Ce dernier a déjà obtenu la délivrance; la demande ne peut être dirigée que contre lui, parce que l'héritier à réserve ne contribue pas au payement du legs;

B. Le légataire n'a pas encore obtenu la délivrance. La demande *peut* être formée contre l'héritier légitimaire seul; mais le légataire *peut* aussi déjà agir contre les deux conjointement. (*Suprà*, n° 2055.) Dans tous les cas, quand même il agirait seulement contre le réservataire, il devrait mettre le légataire universel en cause, et l'héritier réservataire pourrait même l'exiger, afin qu'il y ait un jugement commun entre toutes les parties, et que l'héritier sache à qui il peut valablement payer, et qu'il ne soit pas exposé à des réclamations de la part du légataire universel, après la délivrance du legs à titre universel.

3° Il y a un légataire universel et des héritiers qui n'ont pas droit à la réserve. La demande doit être formée contre le légataire universel; lui seul *doit* le legs et il a la saisine.

4° Il y a seulement des héritiers *ab intestat* non réservataires; c'est contre eux que la délivrance sera demandée.

5° La succession est dévolue à un successeur irrégulier, c'est-à-dire à l'enfant naturel, au conjoint survivant ou à l'État. Il faut encore distinguer :

A. Si le successeur a déjà obtenu l'envoi en possession, la demande doit être formée contre lui;

B. S'il n'a pas encore obtenu l'envoi en possession, contre un curateur qu'il doit faire nommer à la succession.

B. *Du droit aux fruits de ce legs.*

2069. C'est une question encore très-controversée que celle de savoir à partir de quel moment le légataire à titre universel a droit aux fruits; en d'autres termes, s'il faut lui appliquer l'article 1005 (*suprà*, nº 2061), ou bien l'article 1014.

Deux opinions principales se sont fait jour :

1° Il faut assimiler le légataire à titre universel au légataire particulier, et lui appliquer l'article 1014. Cette opinion se fonde sur l'ancien droit coutumier et sur l'article 85 du projet du code, qui n'accordaient les fruits à *tout* légataire qu'à partir du jour de la demande en délivrance; sur ce que le code n'a dérogé à cette règle qu'en faveur du légataire universel, par suite d'une transaction; que l'ancienne règle doit donc être maintenue à l'égard des autres légataires; sur ce que cette solution est conforme aux principes, parce que l'héritier et le légataire universel sont présumés de bonne foi jusqu'à la demande en délivrance.

2070. 2° L'article 1005 est applicable au légataire à titre universel. Cette opinion nous paraît juste, pour les motifs suivants : d'abord le texte de l'article 1014, qui n'attribue au légataire les fruits que depuis le jour de la demande en délivrance, ne parle que du légataire *particulier*. Ensuite, en principe, dans toute universalité les fruits augmentent de plein droit la masse : *fructus augent hæreditatem*, et le légataire à titre universel succède dans une universalité. Enfin la position du légataire à titre universel vis-à-vis de l'héritier ou du légataire universel est la même que celle de ce dernier vis-à-vis de l'héritier réservataire; tous les deux ils succèdent *per universitatem*, et tous les deux ils sont tenus des dettes et des intérêts des dettes de la succession; il est donc juste qu'ils trouvent une compensation dans la jouissance des fruits à partir de l'ouverture de la succession. (Demolombe, nºs 595-597.)

C. *Comment le légataire à titre universel est-il tenu des dettes et des legs?*

2071. 1. Quant aux *dettes*, nous avons démontré, aux nos 1576 à 1585 et 1600 à 1606 que le légataire à titre universel est tenu, comme le légataire universel et comme l'héritier, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion (art. 1012).

Si le legs à titre universel a pour objet tous les immeubles, ou tous les meubles, ou une quotité de tous les immeubles ou de tout le mobilier, il faut d'abord faire une ventilation, ainsi qu'il est dit aux nos 1599 et 1572, *A*, *a*.

2072. 2. Quant aux *legs*, l'article 1013 porte : « Lorsque le testateur n'aura disposé que d'une quotité de la portion disponible, et qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire sera tenu d'acquitter les legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels. »

Le légataire à titre universel est, dans tous les cas, tenu *ultrà vires* des legs comme des dettes et charges de la succession, de même que le légataire universel et l'héritier; il n'y a aucune raison de distinguer. (Voy. *suprà*, n° 2067; Montpellier, 9 juin 1869, D., 1871, 2, 141.)

Quant à sa *part contributoire* aux legs particuliers, il y a trois hypothèses :

2073. *A*. Le testateur a disposé de *toute* la portion disponible, le légataire seul doit payer les legs particuliers : la réserve ne peut en être chargée.

B. Il n'y a pas de réservataire, mais d'autres héritiers. Ces héritiers et le légataire à titre universel doivent supporter les legs particuliers dans la proportion que chacun d'eux prend dans la succession.

2074. *C*. Il y a un réservataire, et le testateur n'a disposé que d'une *quotité* de la portion disponible; c'est le cas prévu par l'article 1013, dont le texte porte que le légataire doit acquitter le legs par *contribution avec les héritiers naturels*.

Mais dans quelle proportion le légataire doit-il supporter le legs? Est-ce en proportion de la quote-part qu'il prend *dans l'hé-*

rédité, ou de la quote-part qu'il prend dans la *quotité disponible?* Par exemple, X laisse 40,000 francs et un fils. Il a institué A légataire à titre universel d'un quart et B légataire particulier d'une somme de 8,000 francs? Si A contribue au legs en proportion de sa part dans l'hérédité, il doit payer le quart du legs, donc 2,000 francs; s'il doit contribuer dans la proportion de sa part dans la quotité disponible, il doit en payer la moitié, donc 4,000 francs. La question etait très-controversée déjà sous l'ancien droit et elle l'est encore.

Pothier incline vers l'idée que chacun doit contribuer à raison de sa part dans la *quotité disponible;* Lebrun professe l'opinion contraire.

Nous croyons que l'opinion de Pothier doit prévaloir encore aujourd'hui. Car les legs sont une charge de la quotité disponible; la réserve n'y contribue pas, les biens qui la composent doivent donc être considérés comme s'ils n'existaient pas, s'il s'agit de répartir la contribution aux legs. De plus, l'article 1013 serait inutile si les auteurs du code avaient voulu appliquer aux legs le mode de contribution aux dettes et charges de la succession prescrit par l'article 1012.

Les partisans de l'opinion contraire invoquent les travaux préparatoires du code; mais ces travaux ne leur fournissent aucun argument et peuvent être invoqués avec autant de raison à l'appui de notre opinion. En effet, l'article 99 du projet correspondant à l'article 1013 portait : *Les legs particuliers sont acquittés d'abord par les héritiers sur ce qui reste de la portion disponible, et subsidiairement par les légataires à titre universel.* Lors de la discussion, ce projet fut changé et reçut la rédaction de l'article 1013. Ce qui en résulte, c'est que ce n'est plus l'héritier *seul* qui doit supporter le legs, et que le légataire doit y *contribuer*. Mais dans quelle proportion? Les discussions ne le disent pas. (Séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI (18 mars 1803), n°s 1 et 11, Locré, 244, 257.) Pour notre opinion se prononcent Marcadé, sur l'article 1013; Mourlon, t. II, p. 375; Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Dispositions*, etc., n°s 3741, 3742. En sens contraire, Zachariæ, § 723, note 12; Demolombe, n°s 605, 606.

2075. Le testateur peut changer le mode de contribution aux legs établi par la loi, Sa volonté à cet égard peut être expresse

ou tacite. Elle est tacite, et le légataire à titre universel doit seul supporter les legs particuliers lorsque le legs à titre universel a pour objet tous les meubles ou tous les immeubles, et que la chose léguée à titre particulier se trouve parmi ces biens ; par exemple, j'institue A légataire de tous mes immeubles ; B légataire à titre particulier de ma maison. A seul doit acquitter ce legs.

SECTION VI.

DES LEGS PARTICULIERS (art. 1014-1024).

I. DÉFINITION DES LEGS PARTICULIERS.

2076. Nous trouvons dans le droit romain deux définitions de ce legs, l'une de Modestin, au fr. 36, D., *De legatis*, II (31) : *Legatum est donatio testamento relicta ;* l'autre de Florentin, au fr. 116, pr., D., *eod.*, I (30) : *Legatum est delibatio hæreditatis, qua testator ex eo quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit.*

Le code définit le legs à titre particulier d'une manière purement négative. Tout legs qui n'est ni universel, ni à titre universel, ne forme qu'une disposition à titre particulier, dit l'article 1010, alin. 2.

Toutes les choses et tous les droits réels ou personnels qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de legs. Ainsi ce legs peut comprendre un corps certain et déterminé (*species*), ou une chose déterminée seulement quant à son espèce (par exemple, un cheval) ou une quantité de choses fongibles (*genus*), ou une créance, ou une libération, ou même la dette due par le testateur (arg. art. 1023). Nous exposerons *infrà*, aux nos 2084-2098 les effets particuliers que peut produire chacune de ces espèces de legs.

II. EFFETS DU LEGS PARTICULIER.

A. *En général.*

1. QUANT A LA PRISE DE POSSESSION.

2077. Le légataire particulier n'a pas la saisine; il ne peut se mettre en possession de la chose léguée qu'après en avoir demandé la délivrance à l'héritier, au légataire universel ou au légataire à titre universel, dans l'ordre indiqué ci-dessus, au n° 2068, ou après que cette délivrance lui aura été volontairement consentie (art. 1014, alin. 2). La délivrance peut être consentie expressément ou tacitement. Elle consiste dans la remise de la possession de la chose au légataire, ou bien simplement dans l'acquiescement à l'exécution du legs.

Si, au moment du décès du testateur, le légataire est déjà en possession de la chose léguée, la demande en délivrance peut se produire par voie d'exception opposée à l'action en restitution de cette chose, que l'héritier pourrait intenter contre le légataire.

Si la chose léguée, étant un corps certain et déterminé, se trouve entre les mains d'un tiers, le légataire, qui en est devenu propriétaire de plein droit, peut agir contre le tiers par suite d'un simple consentement de l'héritier, lequel vaut délivrance. Il peut aussi agir contre le tiers détenteur en mettant l'héritier en cause.

2. QUANT AU DROIT AUX FRUITS.

2078. Les lois romaines ne contiennent pas de dispositions bien précises sur cette matière, et les anciens commentateurs étaient divisés d'opinion. Suivant les uns, les fruits étaient dus au légataire du jour du décès du testateur; selon d'autres, seulement depuis la mise en demeure de l'héritier. Pothier distingue ainsi : si la chose léguée est un corps déterminé, productif de fruits, et que le légataire en poursuive la délivrance par l'action revendicatoire, il a droit aux fruits encore existants; mais s'il intente l'action personnelle *ex testamento*, il a droit aux fruits seulement à partir de la demeure de l'héritier. (Pothier, *Pandec-*

tes, t. II, n° 33; comparez avec Maynz, *Droit romain*, 4ᵉ édit., § 423, notes 8, 16, 30.)

L'ancienne jurisprudence n'accordait les fruits au légataire quel qu'il fût, qu'à compter du jour de la demande en délivrance. (Troplong, n° 1877; Demolombe, n° 634, et *suprà*, n° 2061.) Les auteurs du code ont conservé cette règle : « Le légataire particulier ne pourra prétendre les fruits ou intérêts de la chose léguée, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance formée suivant l'ordre établi par l'article 1011, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie » (art. 1014, alin. 2).

Cette règle est applicable, peu importe que le légataire ou l'héritier ait connu ou ignoré l'existence du legs; qu'il s'agisse d'un legs de propriété ou d'usufruit; que les fruits soient civils ou naturels. La loi ne distingue pas.

Si la chose léguée n'est pas productive de fruits, l'héritier qui en a retardé la délivrance peut être condamné de ce chef à des dommages-intérêts.

2079. La règle qui précède souffre deux exceptions, déjà admises sous l'ancien droit. Les intérêts ou fruits de la chose léguée courront au profit du légataire, *dès le jour du décès*, et sans qu'il ait formé sa demande en justice :

1° Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté, à cet égard, dans le testament (art. 1015). Dans ce cas, les fruits ne doivent pas être considérés seulement comme des accessoires, mais comme formant aussi l'*objet principal* du legs, et l'héritier ne pourrait plus les acquérir en vertu de l'article 549 du code, quand même il serait possesseur de bonne foi. Les fruits sont alors dus du jour du décès, peu importe à quelle époque le légataire demande la délivrance.

2080. 2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments (art. 1015). Pour faire courir les intérêts du jour du décès, il n'est pas nécessaire que le testateur ait donné à la rente ou à la pension le caractère *alimentaire* par une *déclaration expresse*; ce caractère peu résulter des circonstances. Cette disposition est fondée sur un motif d'équité, sur le caractère même d'une pension alimentaire qui suppose un besoin quotidien du légataire.

2081. Les intérêts sont également acquis de plein droit au légataire dans le cas où le legs a pour objet la remise d'une dette (*liberatio legata*). Car alors la dette est éteinte de plein droit dès le jour du décès du testateur et, le principal, étant éteint, ne peut plus produire des intérêts. D'ailleurs le légataire n'a aucune délivrance à demander dans ce cas.

3. QUANT A LA RESPONSABILITÉ A RAISON DES DETTES ET CHARGES DE LA SUCCESSION.

2082. L'article 1024 porte : « Le légataire à titre particulier ne sera point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs et sauf l'action hypothécaire des créanciers. » (Comp. art. 871, 874.)

Nous avons traité du légataire particulier en ce qui concerne les dettes de la succession et l'action hypothécaire, *suprà*, aux nos 1570, 1581 et 1582 et, en ce qui concerne la réduction, aux nos 1816, 1817 et 1820.

Sur le cas où le legs a pour objet un usufruit universel ou à titre universel, voy. les articles 610 et 612, et t. Ier, nos 1017-1020.

Le testateur est libre d'imposer au legs certaines dettes ou charges; alors le légataire, en acceptant le legs, contracte l'obligation de les payer.

B. *Spécialement de l'effet de certains legs.*

1. DU LEGS DE LA CHOSE D'AUTRUI.

2083. En droit romain, la chose d'autrui pouvait être valablement léguée, si le testateur savait qu'elle fût d'autrui; mais le legs était nul si le testateur avait ignoré que la chose fût d'autrui; c'était au légataire de prouver que le testateur le savait. Toutefois quand même le testateur avait ignoré que la chose fût d'autrui, le legs était valable, s'il avait été laissé à une *proxima persona*, c'est-à-dire à une personne à laquelle le testateur était attaché par des liens de parenté ou d'amitié, par exemple, à son conjoint. Le legs avait pour effet d'obliger l'héritier à acheter la chose et à la délivrer au légataire, ou, s'il ne pouvait l'acquérir, de lui en payer la valeur. (§ 4, J., *De legatis*, 2, 20; loi 10, *C. eodem*, 6, 37.) Le legs de la chose appartenant à l'héritier

était *toujours* valable, que le testateur eût su ou ignoré qu'elle ne lui appartenait pas. (Fr., 67, § 8, D., *De legatis*, II, 31.)

Ces règles étaient anciennement suivies en France. Les auteurs du code ont supprimé les anciennes distinctions, à cause de l'incertitude sur la volonté du testateur et de la difficulté de prouver s'il savait ou non que la chose fût d'autrui. (Séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI (18 mars 1803), n° 9, Locré, 257.)

En conséquence, l'article 1021 porte : « Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas. »

Il est évident que cette règle, de même que la prohibition de la *vente* de la chose d'autrui, s'applique seulement aux corps certains et déterminés et non aux legs de choses fongibles.

2084. Que faut-il décider aujourd'hui des legs de la chose *appartenant à l'héritier ?* Ce point est controversé. Il est difficile d'en soutenir la validité en présence de l'article 1021 et de ses motifs. Car, il faut bien le remarquer, ce n'est pas l'impossibilité de donner la chose d'autrui ou d'en disposer (motif allégué pour la *vente* de la chose d'autrui) qui a inspiré au législateur l'article 1021, mais ce sont les *doutes sur la volonté du testateur*. Le testateur s'est peut-être cru plus riche qu'il n'était en réalité, et s'il avait su que la chose ne lui appartenait pas et que l'héritier devrait la prendre *sur sa propre fortune*, peut-être ne l'aurait-il pas léguée. Au surplus, cette opinion est conforme au texte de la loi. (Demolombe, n° 687.)

2085. Il en est autrement et le legs est valable dans les deux cas suivants :

1° Si le testateur a imposé à l'héritier, comme une condition ou charge de l'institution, l'obligation de donner sa propre chose à un tiers. Ce n'est pas léguer la chose d'autrui, c'est imposer une obligation. De plus la volonté du testateur est claire ; aucun doute ne plane sur ses intentions ; les motifs de l'article 1021 sont inapplicables ici. (Demolombe, n° 688. Liége, 29 mai 1869, P., 1871, 233.)

2° Si le testateur a imposé à l'héritier d'acheter pour le légataire une chose à un prix déterminé et de payer cette somme même au légataire, si elle ne suffit pas pour acquérir la chose. C'est au fond un legs d'une somme d'argent et la volonté du tes-

tateur n'est pas moins évidente que dans le cas précédent. (Demolombe, n° 682; Mourlon, II, p. 380.)

2. DU LEGS D'UNE CHOSE FONGIBLE (*genus*).

2086. « Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise » (art. 1022). Il résulte de cette rédaction que, contrairement au droit romain, le choix de la chose appartient à l'héritier et non au légataire. C'est une application des articles 1162 et 1246.

2087. Malgré les termes généraux et absolus de l'article 1022, il faut distinguer :

1° S'il s'agit de ce que les anciens jurisconsultes appelaient un *genus illimitatum,* c'est-à-dire d'une chose fongible qui n'est déterminée que par l'*espèce* à laquelle elle appartient, le choix doit se faire comme l'article 1022 le dit.

Il en serait encore de même si l'héritier devait faire son choix parmi plusieurs choses de l'espèce léguée qui se trouveraient dans la succession.

2° Mais il en serait autrement si le legs imposait à l'héritier une obligation alternative ne comprenant que *deux* choses; alors l'héritier pourrait choisir la plus mauvaise (art. 1190).

3° Si le choix était déféré par le testateur au légataire, l'article 1022 ne serait plus applicable. Par cela même que le testateur lui a attribué le choix, il lui a fait une faveur particulière et une position plus avantageuse. (Demolombe, n° 735.) Si le légataire meurt, le droit d'option passe à ses héritiers. (Pau, 12 nov. 1872, D., 1874, 2, 47.)

3. DU LEGS D'UN CORPS CERTAIN ET DÉTERMINÉ (*species*).

2088. La chose léguée doit être délivrée avec ses accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouve au jour du décès du donateur (art. 1018).

Les accessoires *nécessaires* sont ceux sans lesquels la chose ne peut servir à l'usage auquel elle est destinée, ou sans lesquels le propriétaire ne peut pas faire valoir son droit; par exemple, les titres de propriété, les clefs d'un bâtiment. Mais l'article ne doit

pas être trop strictement interprété. Il faut consulter à cet égard l'intention et les habitudes du testateur et les usages du pays (arg. art. 1135, 1156, 1159).

2089. L'article 1019 porte : « Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmentée par des acquisitions, ces acquisitions fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs.

« Il en sera autrement des embellissements ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte. »

Cet article contient deux dispositions : une application de la règle exposée au numéro précédent, que la chose doit être délivrée en état où elle se trouve au moment du décès du testateur, application conforme aux fr. 39, D., *De legatis,* II (31), et fr. 44, § 4, *D. eod.*, I (30), et puis elle contient la décision d'un cas spécial.

L'application du principe qui précède n'offre pas de difficulté lorsque les constructions ou augmentations sont *unies* à la chose même qui a été léguée, par une union que Pothier appelle *réelle* (*solo cedit quod solo inædificatur et implantatur*).

Mais des doutes peuvent s'élever lorsque cette union n'est qu'une *union de simple destination*, comme dit Pothier ; par exemple, si le testateur a, depuis la confection du testament, incorporé à la métairie léguée des pièces de terre. Le jurisconsulte Javolène, dans le fr. 10, D., *De legatis*, II (31), décide ce cas par une distinction : *Cum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adjectum est, id quoque legato cedit, etiamsi alia verba adjecta non sint*, qui meus erit : *si modo testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adjunxit*. La décision du code est moins favorable au légataire. Pour que les acquisitions postérieures au testament soient comprises dans le legs d'un fonds, il ne suffit pas que le testateur les ait possédées comme faisant partie de ce fonds considéré comme une espèce d'universalité (*universitas* facti), mais il faut qu'elles soient enfermées dans un *enclos* légué comme tel.

4. DU LEGS D'UNE DETTE (*legatum debiti*).

2090. Le testateur peut léguer à son créancier ce qu'il lui doit (*legatum debiti*). Ce legs offre toujours certains avantages,

savoir : le créancier acquiert une nouvelle action personnelle (*ex testamento*), dont la prescription ne commence à courir qu'à compter du moment de l'exigibilité du legs, et, en outre, d'après l'article 1017 du code, il avait une hypothèque sur tous les biens de la succession. Ce legs *peut* présenter d'autres avantages encore, notamment : procurer au créancier une preuve écrite ou une reconnaissance de sa créance, rapprocher le terme de l'exigibilité, paralyser les exceptions qui auraient pu y être opposées, etc.

2091. Le testateur qui lègue est réputé avoir voulu faire une *libéralité*. Bien que le legs de la dette offrît toujours quelques avantages au créancier, les Romains ne le considéraient cependant pas comme fait en extinction ou en compensation de sa créance ; le créancier légataire pouvait exiger sa créance et le legs, à moins que le testateur n'eût clairement (*evidenter*) exprimé la volonté contraire. (Fr. 85, D., *De legatis*, II, 31). Nonobstant ce texte, des controverses s'étaient élevées sous l'ancien droit. Quelques jurisconsultes repoussaient toujours la compensation; d'autres l'admettaient, mais seulement si le testateur était débiteur *à titre gratuit*.

Le code a mis un terme à ces controverses par l'article 1023 portant : « Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages. »

5. DU LEGS D'UNE CHOSE GREVÉE D'UNE HYPOTHÈQUE OU D'UN USUFRUIT.

2092. Il y a deux cas :

1° La chose léguée est grevée d'une hypothèque pour une dette de la succession ou pour la dette d'un tiers. Le droit romain décidait le cas par analogie du legs de la chose d'autrui : l'héritier était tenu de la dégrever, si le testateur avait connu l'existence de l'hypothèque ; dans le cas contraire, le légataire devait prendre la chose dans l'état où elle se trouvait. Il restait donc exposé à l'action hypothécaire, sauf s'il avait dû payer son recours contre l'héritier (fr. 57, D., *De legatis*, I (30).

2° La chose léguée est grevée d'un usufruit. En droit romain, si l'usufruit était établi au profit de l'héritier, il venait à cesser

parce que l'héritier répond des actes de son auteur; s'il existait au profit du légataire, il s'éteignait par confusion. Lorsque l'usufruit appartenait à un tiers, l'héritier était tenu de dégrever la chose, et s'il ne le pouvait pas, de payer au légataire la valeur de l'usufruit. (Fr. 66, § 6; fr. 76, § 2, D., *De legatis*, II (31.) Toutefois, il était douteux si cette obligation était absolue ou si elle n'avait lieu que lorsque le testateur avait connu l'existence de la servitude. (Maynz, § 427, note 14.)

Dans le cas où la création de la charge réelle (hypothèque ou usufruit) était *postérieure* au testament, les commentateurs de l'ancien droit distinguaient encore dans quelle intention le testateur l'avait établie, notamment si ce n'était pas pour révoquer le legs partiellement (*adimendi animo*). (Demolombe n° 726.)

2093. Le code a rejeté toutes les distinctions de l'ancien droit en appliquant aux deux cas dont il s'agit la règle de l'article 1018, que la chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve : « Si, avant le testament ou depuis », dit l'article 1020, « la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur ». (Voy. aussi t. Ier, n° 1022.)

Si, dans ce dernier cas l'usufruitier refusait de laisser dégrever la chose ou s'il demandait un prix exagéré, l'héritier serait tenu d'en payer l'estimation. (Demolombe, n° 730.)

Il est évident que le légataire qui aurait payé la dette hypothécaire aurait son recours contre l'héritier. (Voy. n° 1582.)

2094. L'article 1020 s'applique aussi aux *servitudes* passives. Anciennement l'héritier n'était pas tenu d'en dégrever la chose léguée. (Fr. 66, § 6; fr. 76, § 2, D., *De legatis*, II (31.)

6. DU LEGS D'UNE PART INDIVISE.

2095. On peut valablement léguer sa part indivise d'une chose. (Fr. 5, § 2, D., *De legatis* I, (30); fr. 74, D., *eod.*, III (32) ; fr. 2, pr. D., *De condit. institutionum*, 28, 7.) Mais quel est l'effet de ce legs? Il faut distinguer trois hypothèses :

1° Le legs a pour objet la part indivise d'un corps certain et déterminé. C'est le cas le plus facile : le légataire entre tout à

fait dans les droits du testateur. Il peut provoquer et il doit subir le partage de la chose avec toutes les éventualités que le partage pouvait avoir pour le défunt.

2096. 2° La chose qui a été léguée ou dont une partie a été léguée fait partie d'une universalité encore indivise, par exemple, le testateur lègue le tiers d'une maison faisant partie d'une succession à lui échue, mais encore impartagée. Il y a controverse. Une opinion propose de faire alors un double partage, celui de l'universalité et le partage spécial de la chose léguée, et d'appliquer à ce dernier la règle du numéro précédent. C'est inadmissible, parce que le copropriétaire de l'universalité n'est pas obligé de se soumettre à un double partage. D'autres, se fondant sur les articles 883 et 1021, subordonnent la validité du legs à l'effet du partage; il est valable, si la chose tombe au lot du testateur; nul, s'il tombe dans le lot de ses copropriétaires. D'autres en font une question d'interprétation de la volonté du défunt.

Il semble plus rationnel de ne pas subordonner le sort du legs à l'éventualité du partage. Le testateur a voulu faire une libéralité purement et simplement. Bien qu'il ait prévu la nécessité du partage avec toutes ses éventualités, il a légué sans conditions; sa volonté doit être exécutée. Si la chose léguée tombe dans son lot, le légataire en sera copropriétaire jusqu'à concurrence de la portion léguée: si elle échoit aux autres copropriétaires de l'universalité, le légataire a droit à la valeur estimative de la portion qui lui a été léguée. (Voy., sur cette question, Demolombe, n° 695.)

2097. 3° L'indivision avait déjà cessé au moment du décès du testateur. Si la chose n'existe plus dans la succession, ni en tout ni en partie, le legs est nul ou caduc (arg. art. 1038, 1042, 1021); si elle existe dans la succession en tout ou en partie, le légataire prendra la portion qui lui a été léguée.

DE QUELQUES RÈGLES COMMUNES A TOUTES LES ESPÈCES DE LEGS.

A. *De l'interprétation des dispositions testamentaires.*

2098. Le projet primitif du code contenait, dans ses articles 136 et 137, deux règles d'interprétation qui n'ont pas été insérées dans le code, mais qui n'en existent pas moins en doctrine.

1° Les règles sur l'interprétation des *conventions* s'appliquent,

en général, aussi aux actes de dernière volonté, sauf à tenir compte, s'il y a lieu, de la différence entre ces deux genres de dispositions (art. 1156-1164). Les dispositions testamentaires doivent donc aussi s'interpréter les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

2° S'il y a de l'obscurité dans le sens ou dans les termes d'une disposition, les juges doivent avant tout rechercher l'*intention* du testateur, plutôt que de s'attacher au sens littéral des mots. Car, très-souvent le testateur emploie des termes impropres pour exprimer sa pensée. (Fr. 101, pr. D., *De conditionibus et demonstrat.*, 35, 1; fr. 69, § 1, D., *De legatis*, III, 32). A cet effet, il faut consulter le langage habituel du testateur, sa position personnelle, sa fortune, ses habitudes, les lois et les usages du pays où il a vécu. S'il était nécessaire d'avoir la preuve de certains faits intrinsèques, contestés entre les parties pour éclaircir le sens d'une disposition, le juge pourrait l'ordonner. (Zachariæ, § 714, note 4: Demolombe, n° 741; Dijon, 21 juillet 1869, D., 1870, 2, 175; cass. fr., 9 mai 1870 et 31 juillet 1872, D., 1871, 1, 60 et 1873, 1, 104; Nîmes, 4 mai 1875, D., 1876. 2, 181; Rouen, 26 janvier 1876, D., 1876, 2, 101.)

3° Lorsque de deux interprétations l'une conduit à la nullité, l'autre à la validité d'une disposition, il faut préférer cette dernière, qui est favorable au légataire. Car on ne peut pas supposer que le testateur ait eu l'intention de faire une disposition qui ne peut produire aucun effet. (Fr. 12 et 24, D., *De rebus dubiis*, 34, 5; fr. 12, D., *De regulis juris*, 50, 17; arg. art. 1157.)

4° Lorsque le doute porte, non sur la validité, mais sur l'étendue d'un legs, il doit être interprété en faveur de l'héritier *ab intestat*. (Fr. 9, D., *De reg. jur.*, 50, 17; art. 1162.)

B. *De la d ignation du légataire.*

2099. En droit romain il y a plusieurs dispositions sur la désignation du légataire; le code n'en contient pas; la doctrine les a suppléées.

1° Le testament doit être l'expression de la volonté du testateur. Il doit donc *lui-même* désigner le légataire, et il ne peut pas faire dépendre cette désignation de la volonté de l'héritier ni d'un

tiers (arg. art. 895). (Liége, 14 mai 1873, P., 1873, 263.) La faculté d'élire le légataire, admise dans l'ancien droit, donnait lieu à beaucoup de procès et a été implicitement abolie par le code. « En matière de disposition de biens », dit Jaubert, « il ne peut y avoir de facultés que celles qui sont définies par la loi. Ainsi, le projet ne s'expliquant pas sur l'ancienne faculté d'élire, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée ». (Rapport au Tribunat, n° 6; Locré, p. 437.)

2100. 2° La personne gratifiée doit être *certaine*. La disposition faite en faveur d'une personne tout à fait incertaine est nulle. Une personne est incertaine lorsque son individualité n'est ni actuellement déterminée, ni susceptible de l'être par l'arrivée de quelque événement prévu dans le testament. Ainsi, par exemple, serait valable le legs fait à celui qui épousera une parente du testateur (Zachariæ, § 655, note 3) ; de même la libéralité faite aux personnes qui assisteront au service funèbre du testateur.

Le legs fait aux *pauvres d'une commune* ou simplement *aux pauvres* est censé fait au bureau de bienfaisance de la commune où la succession s'est ouverte. (Arg. art. 910, 937 ; loi du 7 frimaire an v.) (Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Dispos. entre-vifs et test.*, n° 334.)

2101. 3° Lorsque la désignation du légataire ou de l'objet légué n'est pas faite d'une manière assez précise pour qu'on puisse reconnaître la volonté du testateur, la disposition est nulle. Toutefois, il n'est pas nécessaire de désigner le légataire par ses noms; il peut être désigné de toute autre manière; par exemple, par sa profession, par sa position sociale, par sa parenté. L'erreur commise par le testateur dans quelques points ne nuit pas à la validité du legs, pourvu que les autres éléments de désignation soient suffisants pour connaître sa volonté. (Fr. 33, pr., fr. 34, pr. D., *De condit. et demonstrat.*, 35, 1; fr. 9, § 8; fr. 48, § 3, D., *De hæred instit.*, 28, 5; Gand, 12 juillet 1877, P., 1878, 34.)

C. *De l'acquisition, de l'exigibilité et de la transmission des legs aux héritiers du légataire.*

2102. L'article 1014, alinéa 1er, porte : « Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un

droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause. » Cette disposition, quoique placée dans la VI[e] section qui traite *Des legs particuliers*, s'applique à *tous* les legs indistinctement.

Dès le jour du décès du testateur, tout légataire pur et simple a un droit de propriété, un droit réel, irrévocable à la chose ou aux choses léguées (*dies legati cedit*). Si le legs consiste dans une quote-part des biens de la succession, le légataire a un droit de copropriété indivise. Si le legs a pour objet une quantité de choses fongibles, le légataire a une *créance* à partir du même moment.

Quant aux *fruits*, nous avons examiné les règles particulières à chaque espèce de legs.

2103. Le principal effet de cette acquisition immédiate, c'est la transmission du droit aux héritiers du légataire, pourvu que ce dernier ait survécu, fût-ce même un instant, au testateur. Cette transmission n'est pas un effet de la saisine, puisqu'elle a lieu même lorsque le légataire n'a pas la saisine, et qu'elle existait en droit romain comme sous le droit coutumier. Sous ce rapport, il y avait une différence entre le légataire universel du droit coutumier et l'héritier du droit romain, qui ne transmettait la succession à ses héritiers qu'après l'*aditio hæreditatis*. Mais cette différence avait disparu depuis que la règle *le mort saisit le vif* avait été admise dans les pays de droit écrit. (Voy. *suprà*, n[os] 1266, 1267, 1274.)

2104. Le legs est *exigible* (*dies legati venit*) immédiatement après le décès du testateur, s'il n'a pas été laissé à terme, et dans ce dernier cas, après l'arrivée du terme. (Gand, 22 novembre 1877, P., 1878, 85.)

Sur les legs conditionnels, voy. *infrà*, n° 2164.

D. *Des actions du légataire pour obtenir l'exécution du legs* (art. 1017).

2105. De même que le droit romain, le code accorde au légataire trois moyens de poursuivre l'exécution du legs (§ 2, J., *De legatis*, 2, 20).

1° L'action *personnelle* contre les débiteurs du legs. Si le legs

est imposé à tous les héritiers, chacun d'eux en est tenu au *pro-rata* de la part et portion dont ils profitent dans la succession. Si l'un d'eux devient insolvable, ses cohéritiers solvables ne sont pas tenus de sa portion. (Fr., 33, pr., D., *De legatis*, II (31).

2° L'action *réelle* ou revendicatoire, lorsque l'objet du legs est un corps certain et déterminé (art. 711, 1014, alin. 1).

3° L'action *hypothécaire* sur tous les immeubles de la succession (L. 1, C., *Communia de legatis*, etc., 6, 43).

En **Belgique**, l'action hypothécaire n'existe plus; elle est remplacée par l'hypothèque testamentaire.

2106. Les légataires peuvent aussi, pour sûreté de leur legs, demander la séparation des patrimoines (C. civ., art. 878, 2111; L. hypoth. belge du 16 décembre 1851, art. 39; voy. *suprà*, n° 1613, B; 1618, B.).

E. *Des frais de la délivrance et des droits d'enregistrement* (art. 1016).

2107. Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale. C'est l'application de la règle générale que les frais du payement sont à la charge du débiteur (art. 1248). Si la demande du légataire avait été exagérée, il pourrait être condamné aux dépens, en tout ou en partie. Si l'héritier avait injustement combattu la demande en délivrance, ou s'il avait occasionné des frais inutiles, il pourrait être condamné à les payer, quand même ils entameraient la réserve.

2108. Les droits d'enregistrement seront dus par le légataire. Chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants cause. Chaque légataire a le droit de se faire délivrer séparément un extrait du testament en ce qui le concerne. C'est une innovation. Autrefois l'enregistrement était considéré comme indivisible. Le légataire, même celui qui avait reçu le legs le plus modique, ne pouvait en obtenir la délivrance qu'en faisant enregistrer le testament entier et en avançant les frais d'enregistrement de tous les legs. S'il ne voulait pas faire cette avance, il ne pouvait demander son legs tant qu'il y avait encore

un légataire qui n'avait pas fait enregistrer le sien. (Rapport au Tribunat, n° 64, Locré, 472.)

2109. Le testateur est libre de déroger à la loi en ce qui concerne les frais de la délivrance et les droits d'enregistrement.

SECTION VII.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES (art. 1025-1034).

I. INTRODUCTION HISTORIQUE.

2110. C'est une opinion généralement répandue que l'institution des exécuteurs testamentaires est d'origine française, et que c'est de l'ancien droit coutumier qu'elle a passé dans le droit écrit. (Demolombe, t. XXII, n° 1.) « Ce sont les usages de nos aïeux et nos coutumes les plus anciennes qui l'ont créée, pour assurer avec plus de force et de stabilité la volonté du testateur », dit Troplong, n° 1990, d'accord avec Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Dispositions entre-vifs*, etc., n° 4022.)

Merlin, en expliquant pourquoi cette institution était plus usitée dans les pays de coutumes que dans les pays de droit écrit, n'émet pas d'opinion sur son origine. « Dans les pays de droit écrit », dit-il, « les testateurs nomment rarement des exécuteurs testamentaires, parce que l'héritier étant saisi de plein droit de tous les effets de la succession, c'est lui qui naturellement doit prendre le soin d'exécuter le testament. Mais dans les pays coutumiers, où les dispositions universelles ne sont toutes que les legs sujets à délivrance, on a introduit l'usage des exécuteurs testamentaires pour tenir la main à l'exécution des dernières volontés du défunt ; il n'y a presque point de coutume qui ne contienne quelque disposition sur cette matière. » (*Répertoire*, v° *Exécuteur testamentaire*, I.)

C'est cette dernière circonstance, — la multiplicité des dispositions coutumières sur cette matière, — qui a sans doute beaucoup contribué à faire admettre que l'origine de l'institution est coutumière. Mais cette opinion n'est point justifiée. On ne sau-

rait indiquer, pas même approximativement, ni la date ni le lieu de l'origine coutumière des exécuteurs testamentaires. Elle est donc tout au moins douteuse.

Nous croyons que le doute s'évanouit devant les documents de l'histoire, que cette institution est d'origine romaine, et que, par l'influence de l'Église et du droit canon, elle s'est répandue, développée et introduite dans les pays coutumiers.

2111. Les Romains attachaient à la fidèle exécution des dernières volontés de l'homme une telle importance, qu'elle était considérée comme intéressant l'ordre public : *Publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere*, dit le fr. 5, D., *Testamenta quemadmodum aperiantur*, 29, 3. Lorsqu'une disposition testamentaire était faite en faveur d'une personne déterminée, l'exécution en était suffisamment garantie par l'intérêt de cette personne. Mais un testament pouvait renfermer des dispositions à l'exécution desquelles aucune personne déterminée n'était intéressée, par exemple, celle d'ériger un monument funèbre, ou de donner des jeux en l'honneur du défunt, ou de lui rendre tels honneurs funèbres. Alors l'autorité publique avait le devoir de faire respecter la volonté du défunt, soit indirectement en refusant à la personne grevée les actions et autres moyens dont elle pouvait avoir besoin pour faire valoir son droit, soit même directement en usant des moyens de contrainte dont elle disposait. (Maynz, § 395, notes 22-39.) Dans la *Novelle* 1, pr. § 1er et cap. 1. Justinien punit de la déchéance des faveurs que le défunt leur a destinées ceux qui, après une admonestation du juge, auront laissé écouler une année sans exécuter le testament.

Le testateur pouvait aussi pourvoir lui-même à l'exécution de ses volontés, en commettant ce soin à d'autres personnes que l'héritier. Mais l'usage de semblables exécuteurs de testaments ne fut pas fréquent. On en trouve cependant plusieurs exemples dans le Digeste. Ainsi le fr. 12, § 4, D., *De religiosis*, 11, 7, porte que celui qui a été désigné par le testateur doit pourvoir à ses funérailles, qu'autrement il n'aura pas le droit de recueillir le legs qui lui a été laissé dans ce but; les fr. 3 et 8, D., *De alimentis legatis*, 34, 1, prévoient le cas où le testateur a chargé un de ses héritiers de la distribution d'aliments légués à ses affranchis. Le testateur pouvait se servir de la forme du fidéicommis

pour assurer l'exécution de sa volonté, en la confiant à une personne sur la loyauté de laquelle il pouvait compter; quelquefois le juge chargeait un des héritiers d'exécuter le testament, par exemple, de distribuer les aliments légués par le testateur (fr. 3, D., *De alimentis*, 34, 1).

L'institution des exécuteurs testamentaires prit de plus grands développements sous les empereurs chrétiens. Léon (il régnait de 457 à 474) et Anthémius (de 467 à 472), en déclarant valable, quoique laissé à des personnes incertaines, le legs fait pour le rachat des captifs, ordonnent que si le testateur n'a pas désigné une personne pour veiller à l'exécution de cette disposition, ce soin incombera à l'évêque du lieu de naissance du testateur. (L. 28, C., *De Episcopis et clericis*, 1, 3.) Justinien a étendu cette disposition aux libéralités laissées en faveur des pauvres, et déterminé avec précision les devoirs et les pouvoirs de l'évêque et de son économe dans le cas où les captifs ou les pauvres seraient institués héritiers. (L. 49, C., *eodem*, 1, 3.) Ces deux lois donnent à l'évêque exécuteur testamentaire le pouvoir de vendre le mobilier de la succession, de faire rentrer les créances, d'agir en justice, etc. Après une année, l'évêque devait rendre compte de sa gestion au recteur de la province. La Novelle 68 de Léon le Philosophe (régnant de 886-911), tout en maintenant la défense faite aux moines et aux clercs de se charger de la tutelle des impubères, leur permet d'accepter la tutelle d'une succession testamentaire, qui n'est autre chose que l'exécution testamentaire.

2112. La nomination d'un exécuteur testamentaire était motivée surtout lorsque le legs n'était pas fait au profit d'une personne déterminée. De semblables legs devinrent fréquents depuis l'introduction de la religion chrétienne; les testateurs ordonnaient souvent de dire des messes pour le repos de leur âme, et ils chargeaient quelqu'un de veiller à l'exécution de cet ordre ainsi que des autres dispositions du testament. Cet exécuteur était appelé *Eleemosynarius*. Avec l'usage des testaments, l'institution des exécuteurs testamentaires s'est introduite dans les pays de coutumes, et déjà au IXe et au Xe siècle nous trouvons des actes de dernière volonté désignant des personnes chargées de veiller à l'exécution des dernières volontés, surtout des dis-

positions faites en faveur des pauvres et de l'Église. Baluze, *Capitularia regum Francorum*, appendix, n° 136, rapporte le testament d'Acfred, duc d'Aquitaine, qui institue plusieurs exécuteurs testamentaires. Quelquefois la charge de veiller à l'exécution du testament était appelée un fidéicommis.

Au commencement du moyen âge, l'exécuteur n'avait pas toujours la possession des choses héréditaires, mais le testateur pouvait la lui donner, non-seulement des meubles, mais aussi des immeubles.

Deux décrétales du pape Grégoire IX de 1235 enjoignent, l'une aux évêques de veiller à ce que les exécuteurs testamentaires (*executores testamentorum* ou *ultimæ voluntatis*) accomplissent fidèlement leur devoir, l'autre aux exécuteurs testamentaires qui ont accepté cette mission, d'exécuter scrupuleusement les dernières volontés des défunts. (Cap. 17 et 19, X., *De testamentis*, 2, 26.)

On le voit, l'institution même est plus ancienne que les coutumes; mais les coutumes s'en sont beaucoup occupées. D'après presque toutes les coutumes, l'exécuteur testamentaire avait la saisine du mobilier; d'après quelques-unes d'entre elles, il avait aussi la saisine des acquêts. Si les meubles ne suffisaient pas pour l'exécution des legs, il lui était permis par la justice de vendre quelque immeuble. Il devait rendre compte après l'an et jour. (Loysel, *Instit. coutum.*, n°s 314-316; Warnkœnig, *Französ. Rechtsgeschichte*, t. II, n°s 188, 205.)

II. CARACTÈRE JURIDIQUE DE L'EXÉCUTION TESTAMENTAIRE.

2113. « Le testateur pourra nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires » (art. 1025).

Cette nomination ne peut être faite que par un *testament* valable; mais il n'est pas nécessaire que ce soit par le testament même dont elle a pour but d'assurer l'exécution. La nomination peut se faire par un testament antérieur ou postérieur. (Demolombe, t. XXII, n°s 21, 22; Zachariæ, § 715.)

L'exécuteur testamentaire est un *mandataire imposé* aux héritiers par le testateur pour assurer l'exécution de ses dernières volontés. Il faut donc, en général, lui appliquer les règles sur le mandat. Mais ce mandat diffère en plusieurs points du mandat

ordinaire. Ainsi les héritiers ne peuvent pas le révoquer, ni restreindre les pouvoirs du mandataire. Régulièrement, la mort du mandant met fin au mandat, tandis que le mandat de l'exécuteur testamentaire *commence* à la mort du mandant.

2114. Nul n'est tenu d'accepter la nomination d'exécuteur testamentaire ; ce n'est pas un *munus publicum* comme la tutelle. Mais celui qui l'a acceptée ne peut plus y renoncer, si ce n'est pour des causes graves, survenues depuis l'acceptation, qui le mettent dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche (arg. art. 1991, 2007).

Lorsque le testateur a fait un legs *pour rémunérer l'exécuteur testamentaire* des soins qu'il donnera à l'exécution du testament, l'acceptation de ce legs emporte acceptation de la mission d'exécuteur testamentaire, et dans le même cas, la *répudiation* de cette mission entraîne la caducité du legs.

2115. Le mandat étant gratuit, l'exécuteur testamentaire ne peut exiger ni salaire ni honoraires, à moins que le testateur ne lui ait fait un legs pour rémunérer ses soins (art. 1986). Mais il peut réclamer les frais faits pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, lesquels sont à la charge de la succession (art. 1034, 1999-2001).

2116. L'exécuteur testamentaire n'est pas obligé d'agir en personne ; comme tout autre mandataire, il peut se substituer un fondé de pouvoir (arg. art. 1994).

III. QUI PEUT ÊTRE NOMMÉ EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE.

2117. Celui qui *ne peut s'obliger*, c'est-à-dire, qui en est physiquement ou légalement incapable, ne peut être exécuteur testamentaire (art. 1028). C'est une dérogation à l'article 1990, qui permet de choisir pour mandataires les femmes et les mineurs émancipés. Voici la raison de cette différence. Le mandant choisit lui-même son mandataire ; il peut confier ses propres intérêts à qui il veut ; il est libre de les compromettre même, en les confiant à des personnes qui ne sont pas responsables de leur gestion ; d'ailleurs il peut révoquer le mandat. Les héritiers et les légataires ne peuvent pas révoquer l'exécuteur testamentaire, ni

restreindre ses pouvoirs; il faut donc que ce dernier offre la garantie d'une responsabilité complète et sérieuse.

Il suffit que la capacité existe au moment du décès du testateur.

2118. Le principe qui précède s'applique :

1° Au mineur même émancipé. Il ne peut être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur (art. 1030). Le mot *curateur* a été ajouté pour décider un doute soulevé par quelques auteurs anciens, qui pensaient que le mineur émancipé peut être exécuteur testamentaire. L'intervention du tuteur ou curateur ne peut habiliter le mineur; car ils ne peuvent pas s'immiscer dans une affaire qui ne leur a pas été confiée. La charge de l'exécuteur testamentaire est personnelle.

2119. 2° Aux femmes mariées, avec la distinction suivante :

La femme mariée sous le régime de la communauté ne peut accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement *de son mari*, parce qu'alors seulement elle est responsable sur la *pleine propriété* de ses biens. L'autorisation de la justice ne suffit pas, parce qu'elle rend la femme responsable seulement sur la *nue propriété* de ses biens.

Si la femme est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle peut accepter ce mandat avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément aux articles 217 et 219 du code (art. 1029). Car, dans ce cas, la femme est capable de s'obliger, et la *pleine* propriété de ses biens répond de ses obligations.

2120. Une personne incapable de recevoir un legs du testateur peut néanmoins être nommée exécuteur testamentaire, par exemple un des témoins instrumentaires, ou le notaire qui a rédigé le testament.

Rien ne s'oppose non plus à ce que le notaire, nommé exécuteur testamentaire par un testament olographe, soit choisi par le président du tribunal comme dépositaire de ce testament, conformément à l'article 1007 (voy. *suprà*, nos 2054 et suiv.).

IV. DES FONCTIONS DE L'EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE.

2121. Les fonctions de l'exécuteur testamentaire diffèrent selon qu'il a la saisine ou qu'il ne l'a pas. Nous traiterons donc :

A. de la saisine; *B*. des fonctions de tout exécuteur testamentaire; *C*. spécialement des fonctions de celui qui a la saisine.

A. *De la saisine.*

2122. Les exécuteurs testamentaires n'ont plus la saisine de plein droit, comme avant le code civil. Le testateur peut leur donner la saisine, mais *seulement du mobilier*, en tout ou en partie, jamais des immeubles. S'il ne la leur a pas donnée, il ne peuvent l'exiger (art. 1026). Le testateur apprécie lui-même le degré plus ou moins grand de confiance qu'il place en ses héritiers ou légataires universels. Il ne peut pas donner la saisine des biens qui forment la réserve.

La saisine ne doit pas être donnée en termes exprès; elle peut résulter de l'ensemble des dispositions du testament. (Bruxelles, 7 juin 1848, P., 1851, 339.)

2123. Caractère juridique de cette saisine. C'est une simple détention, un dépôt, qui empêche les héritiers de détourner le mobilier de la succession, et qui, par cela même, assure l'exécution des dispositions testamentaires. C'est pourquoi les héritiers peuvent la faire cesser en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires une somme suffisante pour le payement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce payement (art. 1027). Alors elle n'aurait plus de but. Ce motif explique pourquoi l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine des immeubles; d'après le code, ils sont frappés d'une hypothèque légale au profit des légataires; de plus, ces derniers peuvent demander la séparation des patrimoines.

La saisine n'empêche pas les héritiers de conserver la possession juridique, ou *animo domini,* de la succession, mais elle gêne l'administration et leur disposition du mobilier.

2124. Durée de la saisine. Elle ne peut durer au delà de l'an et jour à compter du décès du testateur (art. 1026). La loi suppose que ce délai suffit pour mettre à exécution les dispositions testamentaires, et elle ne veut pas que l'héritier soit plus longtemps privé de sa chose sans nécessité. Le testateur peut donner la saisine pour un temps moindre, mais pas pour un temps plus long, et les tribunaux ne peuvent la proroger. « Dans aucun cas

elle ne peut durer au delà de l'an et jour », et, pour que cette pensée fût exprimée dans la loi, le Tribunat proposa un changement de rédaction qui fut adopté. (Observ. du Tribunat, n° 59; rapport de Jaubert, n° 65, Locré, 327, 473; Demolombe, nos 48, 49.) La question est controversée.

Mais les auteurs et la jurisprudence vont trop loin en disant que c'est une disposition d'*ordre public*. C'est une règle introduite en faveur des *héritiers* qui, sous la condition admise par la loi, peuvent faire cesser la saisine. Si le testateur a étendu la saisine au delà de l'an et jour, et que les héritiers ne s'y opposent pas, ou s'ils consentent eux-mêmes expressément ou tacitement à la proroger, elle peut durer plus longtemps et les tiers n'ont point qualité pour se prévaloir de la limite fixée par la loi.

2125. Le temps ne court pas toujours à partir du décès du testateur. Si le testament n'avait été découvert que quelque temps après la mort du testateur, ou s'il avait été retenu par les héritiers, ou s'il y avait eu des contestations sur la validité du testament ou de la nomination de l'exécuteur testamentaire, le délai ne commencerait à courir que du jour de la découverte du testament ou de la cessation de l'obstacle qui s'opposait à l'entrée en fonctions de l'exécuteur testamentaire. Ce double tempérament est conforme aux traditions coutumières. (Zachariæ, § 715, note 25; Demolombe, n° 50.)

B. *Des fonctions de tout exécuteur testamentaire.*

2126. Les fonctions d'exécuteur testamentaire sont indépendantes de la saisine. Tout exécuteur testamentaire doit veiller à ce que le testament soit exécuté, et prendre les mesures nécessaires à cet effet. L'article 1031, qui prescrit plusieurs de ces mesures, n'est pas seulement applicable au cas où l'exécuteur a la saisine, Ainsi :

1° L'exécuteur testamentaire *doit* faire apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents, c'est-à-dire non présents (art. 819 et *suprà*, n° 1484). Il le doit, donc il le peut même dans tous les autres cas où il croit que l'intérêt des légataires l'exige; si leur intérêt ne l'exige pas, par exemple, lors-

qu'il y a des immeubles suffisants pour garantir le payement des legs, il peut omettre l'apposition des scellés.

2° Il doit faire faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession. Conformément à l'ancienne jurisprudence, il a le choix de l'officier public qui devra faire l'inventaire et la prisée des biens. Si les héritiers ou autres intéressés n'approuvent pas son choix, ils peuvent désigner d'autres officiers pour procéder conjointement avec ceux qu'il a choisis.

La confection de l'inventaire est nécessaire pour établir vis-à-vis les légataires jusqu'à quel point les forces de la succession permettent l'exécution du legs et pour déterminer l'étendue de la responsabilité des héritiers de ce chef.

3° Il peut et, si l'intérêt des légataires l'exige, il *doit* prendre sur les immeubles de la succession l'inscription du privilége de la séparation des patrimoines (code civ., art. 2111; loi hyp. belge, art. 39).

2127. 4° Il peut provoquer la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs. Si les héritiers n'offrent aucune garantie pour l'exécution des legs, il pourrait même provoquer d'autres mesures conservatoires à cet effet, par exemple exiger des cautions, ou faire ordonner par justice que le produit de la vente du mobilier sera versé directement entre les mains des légataires jusqu'à concurrence de leurs legs. Car on ne peut admettre que le droit et l'obligation de veiller à l'exécution du testament soient sans sanction.

5° Il peut même poursuivre, par action directe contre les héritiers, l'exécution des charges que le testateur a imposées dans son propre intérêt, par exemple celle d'élever un monument, ou de faire dire des messes pour le repos de son âme. (Zachariæ, § 715, note 15.)

6° En cas de contestation relative à l'exécution et à la validité du testament, il peut intervenir pour en soutenir la validité (art. 1031, alin. 4).

C. *Des fonctions de l'exécuteur testamentaire qui a la saisine.*

2128. Lorsque l'exécuteur testamentaire a la saisine, ses fonctions sont les mêmes que lorsqu'il ne l'a pas, sauf les différences qui suivent :

1° Il est tenu de faire faire inventaire afin d'établir l'étendue de sa responsabilité tant envers les légataires qu'envers les héritiers. Ces derniers peuvent exiger l'inventaire, ou le faire faire eux-mêmes.

2129. Le testateur peut-il dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire? Cette question, controversée déjà anciennement, l'est encore. Il faut distinguer :

1° Le testateur peut-il ordonner qu'il n'y ait pas d'inventaire du tout? Cette question a été traitée *suprà*, au n° 1442.

2° Le testateur a-t-il légué à l'exécuteur testamentaire tout le mobilier qui restera après payement des legs, il peut le dispenser de l'inventaire; mais alors l'exécuteur, par la seule acceptation de cette disposition, devient débiteur pur et simple des legs, comme d'une condition de celui qui a été laissé à lui-même.

3° Le testateur a-t-il simplement dispensé l'exécuteur testamentaire de faire inventaire, sans autre clause, rien ne s'oppose à la validité de cette disposition, parce qu'elle ne compromet les intérêts de personne; car nous croyons qu'elle n'implique pas défense aux héritiers et aux légataires de provoquer l'inventaire contradictoirement avec l'exécuteur testamentaire.

2130. 2° L'exécuteur testamentaire prend et détient le mobilier, et il peut le faire vendre jusquà concurrence de ce qui est nécessaire pour payer les legs, et en toucher le prix. Il reçoit les intérêts échus des capitaux ainsi que les intérêts à échoir pendant la saisine, le remboursement des capitaux et les revenus des immeubles, mais seulement ceux échus au moment de l'ouverture de la succession. Il peut poursuivre les débiteurs des créances de la succession, et il peut lui-même payer les legs; mais il ne peut pas payer les autres dettes de la succession. Il peut être poursuivi par les légataires en payement de leur legs.

Il est prudent de n'agir dans tous ces cas que de concert avec les héritiers, ou, en cas de contestation, de les mettre en cause,

ou d'agir seulement en vertu d'une décision du tribunal, afin d'éviter les difficultés que les héritiers pourraient soulever.

V. DE LA CESSATION DES FONCTIONS D'EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE ET DE LA REDDITION DES COMPTES.

2131. Les fonctions de l'exécuteur testamentaire cessent :

1° Par sa mort. Ses pouvoirs ne passent point à ses héritiers (art. 1032 et 2003). Ceux-ci doivent en informer les héritiers et les légataires du testateur, et pourvoir en attendant à ce que les circonstances exigent pour leur intérêt (arg. art. 2010).

2° Par l'exécution complète du testament.

3° Par la révocation ou la destitution prononcée en justice, sur la demande des héritiers pour cause d'incapacité ou d'infidélité, d'interdiction, de faillite ou de déconfiture (arg. art. 444, n° 2, 2003; Zachariæ, § 715, notes 7, 8, 35).

4° Par la démission volontaire. (Voy. *suprà*, n° 2114.)

Les fonctions de l'exécuteur ne sont pas terminées par la cessation de la saisine, si le testament n'est pas encore exécuté.

2132. L'article 1031, alinéa 5, porte que les exécuteurs testamentaires doivent rendre compte de leur gestion, à l'expiration de l'année du décès du testateur. Cette disposition a spécialement en vue le cas où ils ont la saisine; le compte doit être rendu aux *héritiers*.

2133. Mais l'exécuteur est responsable aussi envers les *légataires* particuliers. En cas d'inaccomplissement de sa mission, il doit rendre compte des motifs qui l'en ont empêché.

Le testateur peut-il dispenser l'exécuteur testamentaire de rendre compte? Cette question présente de l'analogie avec celle traitée *suprà*, n° 998. Elle est très-controversée. Nous croyons devoir la décider affirmativement parce que la loi ne le défend pas. Mais la dispense de rendre compte n'implique pas le legs de ce dont il peut être reliquataire. (Zachariæ, § 715, note 38. En sens contraire, Demolombe, n° 119.)

La dispense de rendre compte serait nulle : 1° si l'héritier était réservataire; 2° si l'exécuteur testamentaire était incapable de recevoir du testateur.

VI. DU CAS OU IL Y A PLUSIEURS EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES (art. 1033).

2134. S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, il faut, en ce qui concerne leurs pouvoirs et leur responsabilité, distinguer :

1° Le testateur a divisé leurs fonctions; chacun d'eux doit se renfermer dans celle qui lui est attribuée, et, dans ce cas, il n'est responsable que de ses faits personnels. S'il a excédé les limites de ses attributions, il est tenu comme le mandataire qui se trouve dans le même cas.

2° Le testateur a nommé plusieurs exécuteurs sans diviser leurs fonctions; ils ont tous accepté. Chacun peut agir seul, au *défaut des autres*, dit la loi; mais dans tous les cas, qu'ils agissent conjointement ou chacun séparément, ils sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié. C'est une dérogation au principe de l'article 1995.

2135. L'article 1033 ne s'occupe que des pouvoirs et de la responsabilité des exécuteurs testamentaires, et non du point de savoir quel sera l'effet de l'incapacité ou du refus de l'un sur la validité de la nomination des autres. Suivant quelques auteurs, il faut présumer que le testateur n'a nommé les uns qu'en considération des autres, et sous la condition qu'ils accepteraient tous, afin de donner plus de garantie aux héritiers. Une pareille présomption, contraire à l'ancienne jurisprudence, ne peut être admise que lorsqu'elle est justifiée par les dispositions du testament. Donc, le refus ou l'incapacité de l'un ou de quelques-uns des exécuteurs testamentaires n'annule pas la nomination des autres. (Demolombe, n° 37, et les auteurs qu'il cite.)

SECTION VIII.

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ (art. 1035-1047).

2136. Un testament peut être destitué de tout effet : 1° parce qu'il est *nul* dès le principe ; 2° parce qu'il est *révoqué*, ou 3° parce qu'il devient *caduc*.

Il peut être nul pour incapacité du testateur ou pour vice de forme.

La révocation peut être faite par le testateur lui-même, ou bien être prononcée après sa mort par la justice.

Nous traiterons : I. de la révocation par le testateur ; II. de la révocation prononcée en justice, et III. de la caducité.

I. DE LA RÉVOCATION DU TESTAMENT PAR LE TESTATEUR LUI-MÊME.

2137. Par le testament, le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus ; tant qu'il existe et qu'il est capable de tester, il peut changer de volonté, donc révoquer en tout ou en partie les dispositions qu'il a déjà faites, et il ne peut renoncer ni directement ni indirectement à la faculté de les révoquer (arg. art. 895). De là il résulte que les clauses appelées anciennement *dérogatoires* ou *révocatoires* sont nulles. On appelait ainsi la clause par laquelle le testateur déclarait, dans son testament, que ses dispositions futures contraires à son testament actuel ne seraient valables qu'autant qu'elles seraient accompagnées d'une sentence ou formalité déterminée, ou scellées du sceau de ses armes. (Pothier, *Donat. testam.*, chap. VI, sect. II, § 3.) Ces clauses avaient déjà été déclarées nulles par l'article 75 de l'ordonnance de 1735.

L'engagement de ne pas changer son testament, pris envers un tiers et accepté par ce dernier, serait une convention sur une succession future, prohibée par la loi (art. 1130).

La révocation peut être *expresse* ou *tacite*.

A. *De la révocation expresse.*

2138. La loi n'admet que deux modes de révocation expresse des testaments : 1° par un *testament postérieur* ; 2° par un *acte devant notaires*, reçu dans la forme ordinaire des actes notariés et portant déclaration du changement de volonté (art. 1035). (Voy. *suprà*, n° 1850.)

Voici l'explication historique de cette disposition, qui est une innovation introduite par les auteurs du code. En droit romain,

un *testament*, c'est-à-dire l'*institution d'héritier*, qui en était la base, ne pouvait, en règle, être révoqué que par un testament postérieur valable, ou, en vertu d'une constitution de Justinien, par une déclaration faite dans un acte public ou devant trois témoins, pourvu que dix ans au moins se fussent écoulés entre la confection du testament et l'ouverture de la succession. (L. 27, C., *De testamentis*, 6, 23.) Les *legs* pouvaient être révoqués par une manifestation quelconque du changement de volonté du testateur, expresse ou tacite, pourvu qu'elle fût non équivoque et clairement établie; donc, par un testament postérieur, par un codicille, ou toute autre déclaration écrite ou orale. (Pr. J., *De ademptione legatorum*, 2, 21 ; fr. 3, § 11, D., *De adimendis vel transfer.*, 34, 4; fr. 18, D., *De legatis*, III (32); l. 27, C., *De fideicommissis*, 6, 42.)

Ces règles étaient suivies dans les pays de droit écrit. Mais dans les pays coutumiers, où les testaments étaient considérés comme de simples codicilles, on se bornait à exiger que la révocation fût *écrite* ou seulement signée du testateur, sans autre formalité.

Les travaux préparatoires trahissent l'hésitation des auteurs du code entre ces deux systèmes.

L'article 110 du projet soumis au conseil d'État n'admettait la révocation que par une déclaration faite dans l'une des formes requises pour les testaments. Sur la proposition de Tronchet, le conseil d'État vota que la révocation ne pourrait avoir lieu « que par un *acte authentique* portant déclaration du changement de volonté. » La section du Tribunat proposa la rédaction qui se trouve dans l'article 1035. (Séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI, n[os] 13 et 14; du 3 germinal an XI, n° 1; observ. du Tribunat, n° 64, Locré, 257, 260, 288, 328.)

2139. La révocation peut être faite par tout testament postérieur valable, quelle que soit la forme du testament révoqué ou de celui qui révoque. La révocation est valable même lorsque le testament postérieur ne contient aucune autre disposition ou que les dispositions qu'il renferme sont nulles ou deviennent caduques par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir (art. 1037).

2140. Un testament public, nul en la forme, peut-il valoir

comme acte révocatoire d'un testament antérieur, lorsqu'il réunit tous les caractères d'un acte notarié valable, par exemple si, parmi les quatre témoins instrumentaires il y avait un ou deux témoins incapables? Question très-controversée. Ceux qui se prononcent pour l'affirmative se fondent sur l'adage : *Utile per inutile non vitiatur* et sur l'ancienne jurisprudence. L'opinion contraire est adoptée par la jurisprudence et par le plus grand nombre des auteurs.

Nous croyons que ces deux opinions sont trop absolues, et qu'il faut faire une distinction.

Si le testament postérieur, qui ne peut pas valoir comme testament, renferme d'autres dispositions que la révocation du testament antérieur, la révocation est nulle. Car le testament postérieur forme un tout indivisible dont les dispositions ne peuvent être scindées. Autrement on s'expose à méconnaître l'intention du testateur, qui a peut-être subordonné la révocation du premier testament à la validité du second, et à lui substituer une volonté qui n'est pas la sienne. L'opinion contraire invoque la tradition historique, mais à tort, parce que l'ancien droit n'était pas uniforme sur ce point. Mais si le testateur n'avait d'autre but que de *révoquer* le premier testament, et qu'il n'ait pas fait d'autre disposition dans le testament postérieur, on ne voit pas pourquoi la révocation ne serait pas valable si cet acte réunit toutes les conditions d'un acte notarié. La révocation serait encore valable si le testateur avait déclaré expressément que son intention était de la maintenir, quand même l'acte serait nul comme testament. (Voy., sur cette question, Demolombe, n°s 154-157, qui partage d'une manière absolue la deuxième opinion.)

2141. L'acte révocatoire peut être révoqué par un autre acte notarié ou par un autre testament. Quel est l'effet de cette révocation pure et simple? Le plus rationnel serait de dire que par la révocation le premier testament est mis à néant, déclaré inexistant, intellectuellement lacéré, et qu'il ne peut revivre que par une nouvelle disposition *testamentaire* (arg. art. 964 et *suprà*, n° 1940). Mais cette théorie n'est pas admise. Les auteurs et la jurisprudence distinguent :

1° La révocation pure et simple de l'acte révocatoire fait revivre de plein droit le testament révoqué.

2° Si le premier testament a été révoqué par un second testament contenant de nouvelles dispositions, la rétractation du second testament ne fait revivre les dispositions du premier, qu'autant que le testateur a manifesté cette intention, soit expressément, soit implicitement. (Zachariæ, § 725, notes 5-7; Demolombe, n°s 161-164.)

B. *De la révocation tacite.*

2142. La révocation est *tacite* lorsque le changement de volonté du testateur résulte de faits ou actes auxquels la loi attache cet effet ou qui sont incompatibles avec l'existence du legs.

La loi prévoit expressément *deux* causes de révocation tacite: 1° un testament postérieur qui modifie les dispositions du premier; 2° l'aliénation de la chose léguée. Selon quelques jurisconsultes, cette énumération est *restrictive*.

Tout en admettant que le pouvoir du juge d'interpréter un acte du testateur dans le sens de la révocation d'un testament n'est pas illimité, et qu'il doit être exercé avec beaucoup de circonspection dans tous les cas non prévus par la loi, nous ne croyons pas que l'énumération soit exclusive. Car il y a des *faits* qui sont tout aussi incompatibles avec l'existence d'un legs, que la disposition nouvelle faite dans un testament postérieur; et, pour cette raison, il faut considérer comme actes entraînant la révocation tacite : 3° la destruction de la chose léguée; 4° la lacération ou la biffure du testament; 5° la cessation de la cause du legs opérée par le testateur lui-même.

1. DU TESTAMENT POSTÉRIEUR.

2143. Le droit romain n'admet pas que quelqu'un puisse mourir avec deux testaments; le testament postérieur *rompt* (*rumpit*) toujours le testament antérieur. (§ 2, J., *Quibus modis testamenta infirmantur*, 2, 17.)

Le code, suivant le droit coutumier, qui considérait les testaments comme autant de codicilles, permet que l'on puisse en laisser plusieurs, et les testaments postérieurs qui ne révoquent pas d'une manière expresse les précédents n'annulent, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouvent

incompatibles avec les nouvelles, ou qui y sont contraires (article 1036).

2144. Plusieurs auteurs ont cherché à établir une différence entre la signification des mots *incompatibles* et *contraires*, que le code a empruntés à Furgole ; mais cette différence est difficile à établir. Il y a incompatibilité ou contrariété entre les dispositions antérieures et les dispositions postérieures lorsque les unes et les autres ne peuvent pas être exécutées simultanément; c'est souvent une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge. (Liége, 4 août 1875, P., 1875, 411.)

2145. Par application de ces règles, il faut décider :

1° Qu'il n'y a pas révocation d'un legs contenu dans un premier testament, et qui a été simplement *omis* dans un second testament;

2° Que des legs de quantités même homogènes, par exemple de sommes d'argent, faits à la même personne dans divers testaments, ne se révoquent pas, et doivent recevoir tous leur exécution (Zachariæ, § 725, note 12);

3° Qu'un legs universel fait dans un testament postérieur ne révoque pas, en général, les legs à titre universel ou à titre particulier contenus dans un testament antérieur ;

4° Qu'un legs à titre universel ou à titre particulier fait dans un testament postérieur ne révoque pas le legs universel, c'est-à-dire la *vocation* à l'universalité, contenu dans un testament antérieur.

2146. Par application des mêmes règles, il y a ou il peut y avoir révocation dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un legs universel fait dans un premier testament a été attribué à une autre personne dans un testament *postérieur*. Toutefois, cette disposition n'exclut pas d'une manière absolue la possibilité d'admettre un concours des deux légataires universels, concours qui aurait toujours lieu si les deux personnes avaient été instituées légataires universels dans le *même* testament.

2° Si un corps certain et déterminé légué dans un premier testament a été légué à une autre personne dans un second testament.

Si, dans ces deux cas, les legs n'avaient été donnés à une

autre personne que sous une condition suspensive ou résolutoire, la révocation serait censée n'être faite que sous la même condition. (Fr. 7 et 8, D., *De adimendis vel transfer. legatis*, 34, 4.)

3° Lorsque le même legs, qui a été donné purement et simplement, a été répété dans un testament postérieur sous une condition, il est censé révoqué, et ne peut plus produire son effet que si la condition s'accomplit. (Fr. 9, D., *eod.*, 34, 4.)

2. DE L'ALIÉNATION DE LA CHOSE LÉGUÉE FAITE PAR LE TESTATEUR.

2147. L'article 1038 porte : « Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. »

Si l'aliénation est partielle, le legs subsiste pour la partie non aliénée. (Bruxelles, 22 mai 1871, P., 1871, 287.)

En droit romain, on pouvait léguer la chose d'autrui ; l'aliénation de la chose léguée n'était donc pas un obstacle absolu à la validité du legs. Mais elle faisait *présumer* la volonté de révoquer le legs, sauf au légataire à prouver l'intention contraire du testateur. (§ 12, J., *De legatis*, 2, 20; fr. 1, § 1er, D., *De instructo vel inst. leg.*, 33, 7 ; fr. 15, D., *De adimendis leg.*, 34, 4.) Pour le même motif, l'aliénation forcée, par exemple pour dettes, n'impliquait pas révocation du legs, sauf aux héritiers à prouver que le testateur avait voulu le révoquer (fr. 11, § 12, D., *De legatis*, III) (32) ; et le legs n'était pas révoqué non plus si le testateur avait remplacé l'objet vendu par un autre de la même espèce ou auquel il avait donné le même nom. (Fr. 28, § 1er, D., *De condit. et demonstrat.*, 35, 1.)

Par application de ces règles, qui étaient suivies autrefois en France, on admettait que l'échange n'était pas un mode de révocation, et que le légataire pouvait exercer la faculté de rachat que le testateur s'était réservée dans la vente de la chose léguée.

Pour couper court aux difficultés de preuve qui surgissaient souvent, le code admet indistinctement que *toute* aliénation de la chose léguée prouve la volonté du testateur de révoquer le legs.

(Séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI, n° 16; rapport au Tribunat, n° 66, 3°, Locré, 260, 474.)

2148. Toutefois, il faut aujourd'hui, comme autrefois, décider que la vente *forcée* par suite d'une saisie n'entraîne pas la révocation du legs et qu'il produirait son effet si, au moment de son décès, le testateur était redevenu propriétaire de la chose léguée. Car le texte de l'article 1038 suppose que c'est le *testateur qui a fait* l'aliénation, ce que l'on ne peut pas dire s'il y a été forcé. (Zachariæ, § 725, note 25.)

2149. L'hypothèque ou les autres charges consenties sur la chose n'emportent pas révocation du legs. (§ 12, J., *De legatis*, 2, 20; L. 3, C., *eod.*, 6, 37; voy. *suprà*, n° 2093.)

2150. La donation entre-vifs de la chose léguée, étant une aliénation volontaire, opère, en règle, révocation du legs. Toutefois si elle avait été faite au légataire lui-même et que, pour une cause quelconque, elle n'eût pas produit d'effet, elle n'entraînerait pas la révocation, à moins que la donation n'eût eu lieu sous des conditions ou charges qui n'étaient pas imposées au legs.

2151. L'aliénation à titre gratuit ou onéreux faite par le testateur d'une partie de ses biens ne révoque pas les legs particuliers de quantités de choses fongibles ni les legs universels ou à titre universel. Si, au moment de son décès, le testateur est redevenu propriétaire des choses aliénées, elles appartiennent aux légataires universels ou à titre universel. (Zachariæ, § 725, note 28.) De même la simple adjudication provisoire d'un immeuble n'emporte pas la révocation du legs de cet immeuble. (Bruxelles, 22 mai 1871, P., 1871, 287.)

2152. Les institutions contractuelles, attribuant aux institués un droit irrévocable quoique conditionnel, doivent par cela même être assimilées aux aliénations entre-vifs et entraînent la révocation des legs. (Comp. n° 1817, alin. 3.)

2153. La loi attache l'effet révocatoire à toute aliénation postérieure, encore qu'elle soit *nulle* et que l'objet aliéné soit rentré dans la main du testateur. Cette thèse ne s'applique qu'aux aliénations résolutoires, révocables ou annulables, mais non aux aliénations *radicalement nulles* ou *inexistantes* à cause d'un vice de forme, par exemple à un acte de donation fait sous seing

privé, ou non accepté par le donataire. M. Demolombe, n[os] 227 et 228, enseigne l'opinion contraire, à tort selon nous. Car la loi attache la révocation tacite à certains faits ou *actes juridiques*, dont le cercle ne doit pas être élargi ; autrement on arriverait au système que la révocation aurait lieu toutes les fois que le testateur aurait manifesté d'*une manière quelconque* son intention de révoquer le legs. Ce n'est point le système de la loi. Une donation sous seing privé ou non acceptée n'est juridiquement *rien*, et avec tout autant de raison on pourrait attacher l'effet révocatoire à une simple promesse verbale, faite par le testateur à un tiers, de lui donner entre-vifs la chose léguée.

3. DE LA DESTRUCTION DE LA CHOSE LÉGUÉE.

2154. Le legs est révoqué si le testateur a détruit la chose; par exemple, s'il avait défait un vaisseau légué, les matériaux ne seraient pas l'objet du legs. (Fr. 88, § 2, D., *De legatis*, III) (32). Car la destruction de la chose est un acte qui révèle l'intention révocatoire d'une manière plus énergique que l'aliénation.

Mais les changements faits par le testateur pour renouveler, réparer ou améliorer la chose n'emportent pas révocation du legs. (Fr. 24, § 4, fr. 65, § 2, D., *De legatis*, I) (30).

4. DE LA LACÉRATION OU CANCELLATION DU TESTAMENT.

2155. Il est évident que l'altération accidentelle ou opérée par un tiers n'enlève pas au testament son effet. En ce cas, le légataire serait admis à prouver par tous les moyens, y compris la preuve testimoniale, l'existence et la teneur du testament. (Cass. fr., 20 novembre 1873, D., 1874, 1, 504; Lyon, 14 décembre 1875, D., 1876, 2, 199; Laurent, t. XIII, n[os] 113 et suiv.)

D'un autre côté, si le testateur avait entièrement *anéanti*, par exemple brûlé son testament, il n'existerait plus et ne pourrait plus produire d'effet.

Mais la lacération ou la cancellation du testament olographe faite par le testateur lui même serait un acte qui prouverait clairement sa volonté de le révoquer. Si quelques dispositions seulement étaient biffées, celles-là seules seraient révoquées. (Fr. 16,

D., *De adimend. leg.*, 34, 4; Liége, 3 août 1870, P., 1872, 122.)

S'il y a plusieurs exemplaires du testament olographe, la révocation ne doit être présumée que si tous les originaux ont été lacérés ou biffés. Toutefois, si un seul était resté en la possession du testateur et que celui-là fût lacéré ou cancellé, il faudrait présumer la révocation.

Les mêmes règles s'appliquent au testament mystique que le testateur a gardé en sa possession, et à la lacération ou la cancellation de la minute du testament public, si, par une circonstance quelconque, elle avait été accessible au testateur.

5. DE LA CESSATION DE LA CAUSE QUI A INSPIRÉ LE LEGS.

2156. Les lois romaines décident et la jurisprudence a toujours admis que lorsque l'unique motif qui a déterminé le testateur à faire le legs a été détruit par lui-même, le legs est censé révoqué. Voici un exemple : le testateur avait légué par préciput un fonds à l'un de ses héritiers et à l'autre une créance égale à la valeur de ce fonds afin d'établir la compensation. Le legs du premier a été révoqué par l'aliénation volontaire du fonds; le legs de la créance fait au second est également révoqué, parce qu'il est censé n'avoir été fait que dans le but de donner un avantage égal aux deux héritiers; ce but ayant cessé par la perte de l'avantage du premier, l'autre legs tombe aussi. (Fr. 25, D., *De adimend. leg.*, 34, 4.)

Autre exemple : le testateur lègue une somme pour soigner sa sépulture; le légataire gardera pour lui ce qui restera après l'exécution de cette charge. Plus tard, il confie le même soin à ses héritiers. Le legs est censé révoqué, parce que le but n'en existe plus. (Fr. 30, § 2, D., *eod.*, 34, 4.)

Ou bien, le legs a été fait à un exécuteur testamentaire *en cette qualité*; par un testament postérieur, le testateur a nommé un autre exécuteur à sa place. Le legs est révoqué. (Zachariæ, § 725, note 29; Demolombe, nos 245-247.) La fausseté de la cause n'est un motif de nullité que lorsque le testateur a lui-même énoncé que le fait reconnu faux a été la cause de sa disposition (Paris, 9 février 1867, D., 1867, 2, 195; Bruxelles, 6 janvier 1875, B. J., t. 33, 321).

DE LA SURVENANCE D'ENFANTS.

2157. La survenance d'un enfant au testateur, qui n'en avait pas au moment de la confection du testament, révoque-t-elle les legs comme elle révoquerait les donations entre-vifs? (*Suprà*, nos 1933 et suiv.).

Cette question, autrefois très-controversée, doit être résolue négativement, de l'avis presque unanime de la doctrine et de la jurisprudence, et ce pour deux raisons principales : 1° le testateur est toujours libre de révoquer son testament; inutile que *la loi* prononce la révocation de plein droit. Le donateur est lié; il ne peut unilatéralement rompre son contrat, la loi doit donc venir à son aide; 2° pour un motif de texte. L'article 1046 permet formellement la révocation judiciaire des legs pour la cause prévue dans l'article 954 (inexécution des charges) et pour les deux premières causes prévues dans l'article 955 (attentat à la vie et délit), et elle garde le silence absolu sur les causes prévues dans les articles 960 et suivants (survenance d'enfants).

Il en est de même si le testateur était décédé sans avoir connaissance de l'accouchement ou de la grossesse de sa femme. Toutefois, sur ce point il y a encore controverse. Ses dispositions pourraient, dans ce cas, être considérées comme révoquées lorsqu'il résulterait du testament même que le testateur ne les aurait pas faites s'il eût connu la grossesse ou la naissance. (Zachariæ, § 724, note 5; Demolombe, nos 263, 264.)

II. DE LA RÉVOCATION JUDICIAIRE APRÈS LE DÉCÈS DU TESTATEUR.

2158. La révocation peut avoir lieu après le décès du testateur : 1° pour cause d'inexécution des charges imposées au légataire; 2° pour cause d'ingratitude (art. 1046).

2159. 1° Pour cause d'inexécution des charges. Par le renvoi pur et simple à l'article 954, l'article 1046 indique suffisamment qu'il faut appliquer à ce cas toutes les règles sur la révocation des donations pour inexécution des conditions. (Voy. *suprà*, nos 1910 et suiv.)

La révocation du legs peut être demandée par toute personne qui doit en profiter : donc, par celui qui est tenu de payer le legs grevé de la charge ; par le colégataire conjoint ; par celui qui est vulgairement substitué au légataire (art. 898) ; par les héritiers *ab intestat* lorsque la charge a été imposée au légataire universel.

2160. 2° Pour cause d'ingratitude dans les cas suivants :

A. Si le légataire a attenté à la vie du testateur ;

B. S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves (art. 1046 et 955) ; par exemple, lorsque la femme a complétement abandonné son mari atteint de démence et a absolument méconnu ses devoirs envers lui. (Liége, 2 août 1876, P., 1878, 11.)

C. S'il a fait une injure grave à la mémoire du testateur (article 1047).

Le refus d'aliments ne figure pas ici parmi les causes d'ingratitude, parce que l'obligation de fournir des aliments ne peut pas précéder la libéralité, et quand le légataire l'acquiert, le testateur a cessé de vivre.

2161. Les règles sur les personnes contre lesquelles l'action en révocation a lieu, sur les délais dans lesquels elle doit être intentée et sur ses effets sont les mêmes que celles sur la révocation des donations pour cause d'ingratitude. (Voy. *suprà*, nos 1916-1932.)

La demande fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit, ou plutôt du jour où les héritiers ont eu connaissance du délit (art. 1047 et 957, et *suprà*, nos 1924, 1925.)

Toutefois, lorsque le légataire a donné ou tenté de donner la mort au testateur, l'action révocatoire a la même durée que l'action en poursuite du crime qu'il a commis. (Séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI, n° 19, Locré, 260, 261.)

L'action peut être intentée par tous ceux qui doivent profiter de la révocation (voy. n° 2173).

III. DE LA CADUCITÉ DES TESTAMENTS.

2162. Une disposition testamentaire devient *caduque* lorsque, bien que valable dès l'origine, elle devient invalide par suite d'un

événement étranger à la volonté du testateur. La caducité a lieu si le légataire ne *peut* ou ne *veut* pas recueillir le legs (art. 1043); donc dans les cas suivants :

2163. 1° Si celui en faveur de qui la disposition a été faite n'a pas survécu au testateur (art. 1039). La libéralité était destinée au légataire personnellement; ses héritiers ne peuvent en profiter que lorsque le légataire l'avait déjà acquise. Le prédécès de l'exécuteur testamentaire ne porte aucune atteinte à l'efficacité des legs.

Cette règle ne s'applique pas au legs fait au représentant d'une personne morale en cette qualité, mais destiné à la personne morale même, par exemple au bourgmestre d'une commune ou au curé d'une paroisse. La personne morale sera légataire quand même son représentant serait mort avant le testateur.

2164. 2° Lorsque la disposition a été faite sous une véritable condition suspensive, ou, comme dit la loi, « sous une condition dépendante d'un événement incertain et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas », elle deviendra caduque si le légataire ou l'héritier institué décède avant l'accomplissement de la condition (art. 1040). Par exemple : je lègue à Pierre 20,000 francs, si son père se remarie. Pierre meurt, après le testateur, mais avant le mariage de son père; le legs est caduc. Le motif est le même que dans le cas du numéro précédent. Le legs conditionnel, à la différence de l'obligation conditionnelle, ne passe pas aux héritiers.

Mais la condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que *suspendre l'exécution* de la disposition n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers (art. 1041). Car c'est un legs à terme; par exemple : Je lègue à Pierre 20,000 francs, si son père vient à mourir. Le legs est dû aux héritiers de Pierre, quand même ce dernier serait mort avant son père.

2165. 3° Si la condition suspensive à laquelle le legs est subordonné vient à défaillir; par exemple : Je lègue à Pierre 10,000 francs, si sa sœur se marie. Sa sœur meurt célibataire (arg. art. 1040).

2166. 4° La disposition devient caduque lorsque l'héritier

institué ou le légataire se trouvera incapable de la recueillir au moment du décès du testateur ou de l'accomplissement de la condition (art. 1043, et *suprà*, n° 1756); par exemple, si le légataire avait traité le testateur dans sa dernière maladie, ou s'il avait épousé son enfant naturel reconnu (art. 909, 908, 911).

2167. 5° Si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur, ou bien avant l'arrivée de la condition, lorsqu'il s'agit d'un legs conditionnel (art. 1042, alin. 1er). Cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux legs d'un corps certain et déterminé (*genus non perit*); il s'applique aussi aux créances sur un tiers qui auraient été éteintes par une cause quelconque, par exemple par le payement ou par la remise. Si la chose n'avait pas péri *totalement*, mais seulement en partie, le legs serait valable pour la partie qui serait restée et pour ses accessoires; par exemple, si une maison était en partie brûlée, le restant serait dû. (Fr. 22, D., *De legatis*, III (30).

Le changement complet de la forme de la chose doit être assimilé à la perte totale. Toutefois, c'est une question de fait, et les décisions romaines sur ce cas sont divergentes.

Lorsque la chose léguée a totalement péri, ses accessoires ne sont plus dus. (§ 17, alin. 3 et 4, J., *De legatis*, 2, 20.)

2168. C'est par une erreur évidente que le code déclare le legs caduc « si la chose léguée a péri depuis la mort du testateur, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire » (art. 1042, alin. 2). Dans ce cas, le legs a été *acquis* par le légataire, et ce qui en est resté, que ce soit une partie ou simplement un accessoire, appartient au légataire. La question de savoir qui doit alors supporter le cas fortuit doit se décider par les principes sur les obligations.

La règle de l'article 1042, alin. 2, ne serait vraie que si le legs était conditionnel et que la chose eût péri par cas fortuit avant l'accomplissement de la condition.

2169. 6° Si l'héritier institué ou le légataire répudie le legs (art. 1043).

Pour que la répudiation du legs universel ou à titre universel ait de l'effet à l'égard des créanciers de la succession, il faut

qu'elle ait été faite dans la forme prescrite pour la renonciation aux successions. (Voy. *suprà*, nos 1416, 1606.)

Les règles exposées ci-dessus aux nos 1412-1415, 1417, 1424-1426, 1433-1435, sur la renonciation à une succession, sont applicables à la répudiation des legs.

IV. DES EFFETS DE LA NULLITÉ, DE LA RÉVOCATION ET DE LA CADUCITÉ DES LEGS.

A. *En général.*

2170. La nullité, la révocation par le testateur, la révocation judiciaire et la caducité des legs produisent, en général, les mêmes effets. Il faut distinguer deux hypothèses :

I. Le testateur a lui-même prévu ces cas. C'est ce qui a lieu :

A. S'il a fait une *substitution vulgaire* (art. 898, et *suprà*, n° 1693). La disposition profite au légataire substitué.

B. S'il a fait une substitution *fidéicommissaire*. Si alors le grevé ne veut ou ne peut le recueillir, le legs sera dévolu à l'appelé en second ordre auquel le grevé aurait dû le rendre. (Zachariæ, § 726, note 26, et *suprà*, n° 1696.)

2171. II. Le testateur n'a pas prévu ces cas. En droit romain, la nullité ou la caducité de l'institution de l'héritier entraînait ordinairement la caducité des legs, parce que le testament lui-même perdait tous ses effets; il était censé ne pas exister. (Fr. 181, D., *De regulis juris*, 50, 17; § 2, I. *Quibus modis test. infirm.*, 2, 17.)

Ce principe n'existe plus. Aujourd'hui la nullité ou la caducité d'une disposition testamentaire n'entraîne pas, en règle, la caducité des legs dont cette disposition était grevée. Par exemple, A est institué légataire à titre universel d'un tiers de la succession, à la charge de payer 10,000 francs à B. Le legs donné à A devient caduc et c'est à l'héritier *ab intestat* qu'échoit ce tiers; il doit payer les 10,000 francs à B. D'après une autre opinion, c'est une question de fait dont la solution dépend de la volonté manifestée par le testateur. (Liége, 15 mars 1876, P., 1876, 256.)

2172. La règle qui précède souffre exception dans deux cas :

1° Si la charge était purement *personnelle* et ne pouvait être

acquittée que par le légataire qui en était grevé; par exemple : Je lègue à un peintre une somme à la charge de faire le portrait d'une personne déterminée et de le lui donner. Le peintre meurt. Celui qui profite de la caducité de ce legs ne doit pas faire le portrait. (L. *unica*, § 9, C. *De caducis tollendis*, 6, 51.)

2° Si la caducité provient de la perte de la chose léguée. (*Suprà*, n° 2167.) Alors les deux dispositions tombent.

Les legs en sous-ordre, dont une disposition devenue caduque était grevée, doivent être acquittés par celui qui recueille, n'importe à quel titre, les biens compris dans cette disposition; même l'État, à qui ces biens seraient dévolus à titre de déshérence, serait tenu d'acquitter ces legs. (Voy. *suprà*, n° 1371 et Zachariæ, § 716, note 20.)

2173. A qui profite la nullité ou la caducité d'un legs? A celui qui était chargé de l'acquitter, ou au préjudice duquel il aurait reçu son exécution : *Manere oportet hoc, quod fuerit defectum, apud eos a quibus sit derelictum*, dit la *L. unica*, § 8, C. *De caducis tollendis*, 6, 51. (Comparez *suprà*, n° 1421.)

Ainsi elle profite, suivant la diversité des cas, ou aux successeurs *ab intestat*, ou au légataire universel, ou au légataire à titre universel, ou au légataire particulier, ou au légataire de la nue propriété si c'est le legs d'un usufruit qui est devenu caduc. Une conséquence de cette règle, c'est que celui qui doit profiter de la nullité ou de la caducité a seul qualité pour agir en justice afin de faire déclarer que le legs est nul, révoqué ou caduc. (Cass. fr., 13 janvier et 3 mars 1857, D., 1857, 1, 198; 20 août 1867, D., 1868, 1, 265 et 3 déc. 1872, D., 1873, 1, 233)

Il est évident que personne ne profite de la caducité du legs si elle provient de la perte de la chose léguée. (Demolombe, n° 356.)

B. *Du droit d'accroissement.*

2174. A Rome, le droit d'accroissement entre cohéritiers découlait du principe de l'unité de la représentation. (*Suprà*, n° 1242.) On ne pouvait laisser un héritier pour une partie seulement de la succession et ne pas en laisser pour l'autre partie. L'héritier qui acceptait une partie d'une succession était héritier pour le tout.

si la portion de ses cohéritiers devenait vacante. Le droit d'accroissement avait lieu *nécessairement* et *cum onere* dans les successions testamentaires comme dans les successions *ab intestat*.

Le même motif n'existait pas pour l'accroissement entre légataires; car si un legs devenait caduc en tout ou en partie, la chose léguée ou la partie de la chose léguée pouvait rester dans la succession et retourner à l'héritier. Le droit d'accroissement était fondé sur un tout autre motif, sur le *concours* entre colégataires. Lorsque la même chose était léguée à plusieurs légataires sans fixation de parts, chacun d'eux était appelé à la *totalité* de la chose; il y avait concours. Comme chacun des légataires ne pouvait avoir la totalité de la chose, ils restreignaient mutuellement leurs droits. L'existence de chacun était un obstacle à ce que l'autre exerçât son droit en entier. Si une portion devenait vacante, cet obstacle disparaissait en tout ou en partie. La portion que le concours leur avait enlevée devenait libre et retournait aux autres légataires. Suivant que le legs était laissé *per vindicationem* ou *per damnationem,* le concours produisait des effets différents qu'il est inutile de rappeler ici.

2175. Cet état de choses continua jusqu'à l'époque de l'empereur Auguste. Alors fut portée la loi *Papia Poppæa,* qui *abolissait* entièrement le droit d'accroissement entre cohéritiers et colégataires. Toutes les portions vacantes, appelées *caduca,* appartenaient dès lors au fisc. Il y avait une exception seulement en faveur des descendants et des ascendants du défunt jusqu'au troisième degré; pour eux, les anciennes règles sur le droit d'accroissement restaient en vigueur sans changement (*jus antiquum in caducis conservabant*). (L. *unica,* pr., C., *De caducis tollendis,* 6, 51.)

La loi *Papia Poppæa,* qui contenait plusieurs dispositions pour encourager les mariages et la procréation des enfants, avait aussi accordé quelques faveurs aux héritiers et légataires institués lorsqu'ils avaient des enfants (*qui in eo testamento liberos habent*). La loi, tout en maintenant à leur égard l'abolition du droit d'accroissement, leur accordait le droit de prendre les portions vacantes (*jus caduca vindicandi*) de préférence au fisc. Parmi les personnes instituées dans le même testament, il pouvait y en

avoir plusieurs ayant des enfants. Dans quel ordre devaient-ils alors exercer leur privilége? La loi le déterminait ainsi :

1° Ce droit appartenait, avant tout, aux colégataires *re et verbis conjuncti*;

2° A leur défaut, aux héritiers;

3° A défaut d'héritiers ayant des enfants, aux autres légataires. Toutefois il y avait doute sur le point de savoir si les légataires *verbis conjuncti* étaient préférés ou postposés aux héritiers.

2176. Justinien a aboli toutes les dispositions sur les *caduca* et rétabli à peu près l'ancien droit d'accroissement par la L. *unica*, C., *De caducis tollendis*, 6, 51, publiée en 534. Nous disons *à peu près*, parce que déjà en 529 il avait aboli l'ancienne différence entre les formes et attaché le même effet à tous les legs. (L. 1 et 2, C., *Communia de legatis*, 6, 43.) Comme autrefois, le droit d'accroissement est fondé sur le *concours* de plusieurs légataires, dont les droits se restreignent mutuellement. Si alors tous les légataires viennent à succéder, ils doivent partager. Si une portion devient vacante, elle accroît à ceux aux droits desquels elle eût fait obstacle; chacun d'eux recueille par accroissement ce que le concours lui aurait enlevé.

Le système de Justinien était, sauf quelques modifications, suivi par l'ancienne jurisprudence française. Mais de grandes difficultés résultaient de l'incohérence des textes des lois romaines dont plusieurs, se rapportant au droit de revendiquer les portions caduques, furent erronément appliquées par les jurisconsultes au droit d'accroissement. La découverte des Institutes de Gaius a depuis lors dissipé diverses erreurs.

Les auteurs du code ont cru pouvoir résoudre toutes les difficultés par les articles 1044 et 1045. « Toute l'ancienne théorie du droit d'accroissement se trouve très-clairement réduite dans deux articles », dit Jaubert, et Favard ajoute que « le projet fait cesser toute controverse par la manière de préciser les cas dans lesquels il y aura lieu au droit d'accroissement entre colégataires. » (Rapport au Tribunat, n° 67; discours au Corps législatif, n° 22, Locré, 475, 507).

2177. Aujourd'hui, comme en droit romain, le principe du droit d'accroissement, c'est le concours de plusieurs légataires

qui ont été institués conjointement sur la même chose. Comme chacun des légataires ne peut pas recueillir la totalité de cette chose, le concours entraîne nécessairement le partage (*concursu partes fiunt*). Lorsque le concours vient à cesser par la caducité d'un des legs, la nécessité du partage peut venir à cesser aussi, et chaque légataire peut prendre ce que le testateur a voulu lui donner et que le conceurs seul lui aurait enlevé.

Le droit d'accroissement est donc fondé sur l'intention du testateur; pour qu'il puisse avoir lieu, il faut que ce dernier ait voulu donner éventuellement la totalité de la chose à chacun des légataires,

De là il résulte qu'il n'y a jamais lieu au droit d'accroissement lorsque le testateur a assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée, peu importe que ce soit une quote-part, ou une partie physiquement déterminée, et que les colégataires aient été nommés dans la même disposition ou dans la même phrase (*verbis conjuncti*), ou dans des phrases séparées (article 1044). Ainsi, il n'y a pas lieu à accroissement dans les cas suivants :

1° Je donne à A et à B ma maison, à chacun la moitié;

2° Je donne à A la moitié de ma maison. Je donne à B la moitié de ma maison;

3° Je donne à C et à D ma ferme, à l'un les prairies et les bois, à l'autre les terres arables.

Dans toutes ces hypothèses, chacun des colégataires est institué sur une *autre* chose; il n'y a pas de concours, l'un ne restreint pas le droit de l'autre et chacun des légataires peut recueillir ce que le testateur lui a originairement destiné.

On peut admettre — et c'est une question d'interprétation abandonnée au juge — que l'accroissement aura lieu lorsque la *vocation* de chaque légataire à la totalité de la chose résulte de la disposition, et que l'assignation des parts porte uniquement sur le mode d'*exécution* du legs, mode que le testateur a voulu régler lui-même pour le cas éventuel du concours. (Zachariæ, § 726. note 30.)

2178. L'intention du testateur de donner éventuellement à chacun des colégataires la totalité de la chose léguée est légalement présumée, et il y a lieu à l'accroissement dans le cas où

le legs est fait à plusieurs *conjointement* (art. 1044, alin. 1er).

Le legs est réputé fait conjointement dans les deux cas suivants :

1° Lorsqu'il est fait par une seule et même disposition, et que le testateur n'a pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée (art. 1044, alin. 2). Ils sont *re et verbis conjuncti*; par exemple : Je donne à A et B ma ferme;

2° Quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration a été donnée par *le même acte* à plusieurs personnes, même séparément (art. 1045). Ils sont *re conjuncti* ou *disjuncti* ; par exemple, au commencement du testament je dispose : Je donne mon cheval blanc à A. Au milieu ou à la fin *du même testament* je dis : Je donne mon cheval blanc à B.

Si la même chose avait été léguée à une autre personne dans un testament *postérieur*, le premier legs aurait été tacitement révoqué. (Voy. *suprà*, n° 2146.)

2179. La règle de l'article 1045, indiquée sous le numéro 2°, est contraire au droit romain, qui admettait toujours l'accroissement entre colégataires *re conjuncti*, quand même la chose était susceptible de division. Les auteurs du code sont partis de l'idée que si la chose léguée est susceptible de division, le testateur est présumé avoir institué chacun sur une part virile.

Cette règle a été l'objet de vives critiques, d'abord parce que la question de savoir si la chose est susceptible de division peut souvent soulever des discussions; ensuite parce qu'il est peu rationnel de faire dépendre l'intention du testateur de la plus ou moins grande facilité de partager la chose. Enfin, le code est inconséquent ; car, si la divisibilité de la chose léguée doit exercer une influence sur l'interprétation de la volonté du testateur, il aurait fallu avec autant de raison admettre cette influence également dans le cas prévu par l'article 1044, où le legs a été fait à plusieurs conjointement dans la même disposition.

2180. Pour que, dans l'hypothèse de l'article 1045, l'accroissement ait lieu, il faut que les différents légataires aient été institués séparément sur la *même chose*, c'est-à-dire, sur la *totalité* de la chose. Si le testateur avait assigné à chacun une part, il n'y aurait pas de concours, donc pas d'accroissement en cas de caducité. Par exemple : Je donne ma maison à A pour moitié.

Plus loin, dans le même acte : Je donne à B ma maison pour moitié. Bien que la maison soit indivisible, chacun des colégataires ne peut en recevoir que la moitié.

2181. Le code ne détermine pas dans quelle proportion chaque colégataire profite du droit d'accroissement. Il ne peut pas y avoir de doute dans les deux hypothèses prévues par les articles 1044 et 1045 (*suprà,* n° 2178) : la portion devenue vacante se partage entre les autres légataires par parts égales, puisque chacun d'eux est éventuellement appelé à la *totalité* de la chose léguée.

Mais il peut y avoir une *double* conjonction, *re et verbis* et *re tantum*, par exemple : Pierre et Paul auront mon fonds X, ou bien : Les enfants de Jacques auront mon fonds X. — Jean aura mon fonds X. — Joseph aura mon fonds X. — Pierre ou un des enfants de Jacques fait défaut. Comment se fera le partage de la portion vacante? D'après le droit romain, les *re et verbis conjuncti*, ou, ce qui revenait au même, tous ceux qui étaient compris sous une désignation collective, profitaient seuls de l'accroissement, parce que leur part ensemble ne comptait que pour *une;* donc, Paul seul devrait recueillir la part de Pierre. Dans l'espèce, le concours de Pierre privait Paul de la moitié de *sa* part, mais il n'enlevait rien à Jean ni à Joseph, puisque leurs parts auraient été les mêmes si Paul seul avait été institué, dès le principe, en concurrence avec eux.

Par la même raison, si, dans cette hypothèse, la part d'un *re conjunctus* devenait vacante, par exemple celle de Jean, sa part accroissait pour moitié à Joseph et pour l'autre moitié à Pierre et Paul, ou aux enfants de Jacques. Car, si Jean n'avait pas été institué, Joseph aurait eu la moitié du fonds X, et Pierre et Paul, ou les enfants de Jacques auraient eu l'autre moitié. Le concours de Jean restreignait le droit de ces derniers et le droit de Joseph. (Fr., 34, pr., D., *De legatis,* I (30) ; fr. 41, pr., D,, *eodem,* II (31).)

Les auteurs admettent encore aujourd'hui ce mode de partage fondé en raison. (Demolombe, n° 394.)

2182. D'après le principe exposé au n° 2171, l'accroissement se fait toujours *cum onere,* c'est-à-dire le légataire qui recueille la portion vacante doit acquitter les charges imposées à son co-

légataire, à moins que ces charges ne soient purement personnelles et éteintes par son décès. Mais l'accroissement est toujours *facultatif;* l'article 1044 le considère comme *un profit* pour le légataire.

D'après le droit de Justinien, l'accroissement pour les *re et verbis conjuncti* était facultatif, mais il avait toujours lieu *cum onere* si le *conjunctus* usait de son droit. Pour les *re tantum conjuncti*, l'accroissement était forcé, mais il se faisait *sine onere*, sans les charges. (L. *unica*, § 11, C., *De caducis tollendis*, 6, 51; Maynz, § 443, notes 26-30.) Cette distinction, que rien ne justifie, que M. Maynz qualifie de peu sérieuse, que Pothier avait déjà traitée de *subtile*, était loin d'être généralement admise par l'ancienne jurisprudence, et aucune disposition du code n'autorise à l'appliquer encore aujourd'hui.

2183. Le droit d'accroissement étant fondé sur la volonté présumée du testateur n'aura pas lieu si ce dernier a manifesté d'une manière évidente l'intention contraire. Ainsi, malgré la disposition par laquelle il institue conjointement plusieurs légataires sur la même chose, il peut déclarer qu'il n'y aura pas d'accroissement en cas de caducité de l'un ou de l'autre legs.

Il n'y a plus lieu au droit d'accroissement lorsque tous les colégataires ont *acquis* leur legs. Ils le transmettent alors à leurs héritiers. Pour que l'accroissement ait lieu, il faut que le legs de l'un ou de l'autre légataire soit devenu nul ou caduc.

La transmission aux successeurs du légataire comprend tous les avantages attachés au legs. Ainsi, si de deux legs faits conjointement, l'un était pur et simple, l'autre conditionnel, et que le légataire pur et simple fût décédé avant l'arrivée de la condition, l'accroissement opéré par suite de l'inaccomplissement de la condition profiterait à ses successeurs. (Fr. 26, § 1, D., *De cond. et demonstr.*, 35, 1.)

2184. Les règles exposées aux n°s 2174 et suiv. sur le droit d'accroissement s'appliquent aussi aux legs d'usufruit.

Il en était autrement en droit romain. L'accroissement dans les legs d'usufruit se distinguait de celui dans les legs de propriété en ce qu'il avait lieu encore lorsqu'un des colégataires avait déjà acquis sa portion et qu'il venait à mourir. L'usufruit ne se transmet pas aux héritiers, et la portion devenue vacante par le décès

d'un des colégataires ne se consolidait pas avec la nue propriété, mais elle accroissait aux légataires survivants; et, tant qu'il y en avait encore un, il recueillait les portions devenues successivement vacantes. Le legs d'un usufruit était considéré, non pas comme un *seul* legs, mais comme une suite de legs séparés; la jouissance de chaque année était considérée comme un nouveau legs (fr. 1, § 3, D., *De usufructu accrescendo*, 7, 2).

Quelques jurisconsultes admettent cette règle encore sous le code civil, mais à tort. D'abord, aucune disposition de la loi n'y autorise; et puis, il résulte de la liaison qui existe entre les articles 1044 et les dispositions précédentes, que l'accroissement n'a lieu qu'en cas de nullité ou de caducité d'un legs. Le legs qui a été recueilli par le légataire n'est pas caduc. (Voy., en ce sens, Zachariæ, § 726, note 44; Demolombe, nos 388, 389; Bruxelles, 7 avril 1857, B. J., t. 15, 361.)

2185. L'accroissement a lieu entre légataires universels et à titre universel. Cela résulte de leur vocation à la totalité ou à une partie de la totalité de la succession. Mais est-ce sur les articles 1044 et 1045, ou sur les articles 1003 et 1010 que cet accroissement est fondé? La question est controversée.

Il résulte des *textes* des articles 1044 et 1045 que le législateur n'a eu en vue que les legs à titre particulier. De plus, il a suivi Pothier, qui ne traite que du droit d'accroissement entre légataires particuliers.

La question ne présente de l'intérêt que dans le cas où deux légataires universels, ou deux légataires à titre universel sont *re conjuncti*, hypothèse prévue par l'article 1045; par exemple : J'institue A mon légataire universel. Je donne à B l'universalité de mes biens. Comme l'universalité des biens est susceptible de division, il n'y aurait pas d'accroissement d'après la lettre de l'article 1045; mais l'accroissement est indubitable d'après l'article 1003, chacun des légataires étant appelé à recueillir l'universalité des biens. (Demolombe, nos 380-384.)

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SOEURS. (Art. 1048-1074.)

INTRODUCTION.

2186. Un des plus grands moyens de prévenir et de punir les fautes des enfants, que l'ancien droit avait attribué à la puissance paternelle, était l'exhérédation, dont les causes étaient nombreuses. Les auteurs du code l'ont supprimée : 1° parce qu'elle atteignait la postérité innocente de l'enfant coupable, en faisant sortir les biens de la famille ; 2° parce qu'elle donnait souvent lieu à des débats scandaleux devant les tribunaux, qui devaient intervenir pour apprécier les motifs de l'exhérédation, et juger ainsi entre le père et le fils. Dans ces débats, souvent la mémoire du père était souillée, les fautes de l'enfant exagérées. Ils ont cherché d'autres moyens de prévenir la dissipation de la fortune par les enfants. D'abord ils avaient admis la *disposition officieuse*, c'est-à-dire la faculté du père de réduire son enfant prodigue à l'*usufruit* de sa portion héréditaire entière. Mais cette mesure présentait les mêmes inconvénients que l'exhérédation, parce qu'elle pouvait provoquer des débats devant les tribunaux sur sa légitimité. De plus, elle aurait porté atteinte au droit de réserve qui avait toujours été considéré comme ne pouvant être réduit si ce n'est dans le cas d'exhérédation. Or, la dissipation n'avait jamais été considérée comme une cause d'exhérédation, mais seulement d'une interdiction susceptible d'être levée quand sa cause n'existait plus. La *disposition officieuse* aurait frappé l'enfant d'une interdiction perpétuelle qui aurait pu exercer une influence nuisible sur son sort pendant toute sa vie.

L'idée de la disposition officieuse fut abandonnée et remplacée par la faculté, donnée aux pères et mères, d'assurer à leurs petits-enfants la portion de biens dont la loi leur avait laissé la libre disposition. Elle atteint, au moins en partie, le but de préserver

les petits-enfants de la misère à laquelle la prodigalité ou les malheurs de leur père auraient pu les exposer; elle respecte la réserve; la disposition faite par le père ne porte plus les caractères d'une peine contre l'enfant; c'est l'exercice d'un droit qui ne doit pas être motivé, et qui, par cela même, ne peut être contesté ni compromis. (Exposé des motifs, n° 70, Locré, 407 et suiv.)

La charge de conserver et de rendre est préférable à la disposition par laquelle l'aïeul aurait institué ses petits-enfants sur la nue propriété de la quotité disponible en donnant seulement l'usufruit à leur père, parce que cette dernière n'aurait pu profiter qu'aux *enfants déjà nés* au moment du décès de l'aïeul (*suprà*, n° 1732), tandis que la première profite également aux *enfants à naître* après la mort du disposant.

2187. Les dispositions permises par les articles 1048 et suiv. sont de véritables *substitutions*; l'article 897 le prouve en les considérant comme des *exceptions* des substitutions prohibées par l'article 896 : « Sont exceptées des deux premiers paragraphes de l'article 896 les dispositions permises aux pères et mères et aux frères et sœurs, au chapitre VI du présent titre », dit-il.

Mais elles diffèrent essentiellement des substitutions de l'ancien droit : 1° en ce qu'elles ne peuvent pas changer l'ordre légal des successions, et qu'elles ont plutôt pour objet de le maintenir en faveur d'une génération qui en eût pu être privée; 2° en ce qu'elles excluent tout privilége de primogéniture et de masculinité, puisque la charge de restitution ne peut être établie qu'au profit de *tous* les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe (art. 1050).

La principale source de ce chapitre est l'ordonnance du mois d'août 1747 sur les substitutions.

I. DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DE CES SUBSTITUTIONS.

2188. Les conditions à examiner sont relatives aux personnes, aux biens et à la forme des actes par lesquels ces substitutions peuvent être établies.

A. *Des conditions relatives aux personnes.*

2189. La substitution est permise dans deux cas :

1° Les pères et mères peuvent instituer *un* ou *plusieurs* de leurs *enfants* avec la charge de rendre les biens donnés aux enfants nés et à naître au *premier degré* seulement desdits donataires (art. 1048).

Il résulte des termes de la loi que l'*aïeul* n'ayant plus d'enfants ne peut pas faire une libéralité à son *petit-fils* à la charge de rendre les biens à ses enfants nés ou à naître. Ce point est controversé. Notre solution se fonde sur le texte de la loi, et sur ce que les substitutions permises sont de stricte interprétation parce qu'elles sont exceptionnelles.

2190. 2° Celui qui meurt *sans enfants* peut faire une disposition au profit d'*un* ou de *plusieurs* de ses frères ou sœurs, avec la charge de rendre les biens donnés aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires (art. 1049).

La disposition serait nulle si, au moment où il l'avait faite, le frère avait eu des enfants ; elle serait révoquée dans le cas où il lui en surviendrait plus tard. (*Suprà*, n°s 1933 et suiv.) La substitution faite au profit d'un neveu par quelqu'un ayant des enfants n'est pas permise, parce qu'elle serait contraire à l'ordre légal des successions. L'enfant est l'héritier naturel de son père ; ce serait lui enlever une partie de la succession que de faire une disposition fidéicommissaire au profit d'une autre personne.

2191. Règles communes à ces deux cas :

1° La substitution ne peut avoir lieu qu'*au premier degré*, c'est-à-dire en faveur d'une génération. L'enfant institué ou le frère peuvent être chargés de conserver et de rendre seulement à leurs enfants nés et à naître ; mais ces derniers ne peuvent plus être chargés de restituer les biens *à leurs enfants.*

Il y a controverse sur le sens des mots *au premier degré.* Quelques auteurs soutiennent que c'est le premier degré de *substitution,* et non le premier degré de *parenté.* Ainsi ils admettent que le père ou le frère peut faire une libéralité à son fils ou à son neveu qui n'ont plus d'enfants, mais qui ont des petits-

enfants, à la charge de rendre les biens à ces petits-enfants. Mais cette opinion est contraire au texte de la loi. Les appelés doivent être les *enfants* du grevé; l'article 1051 le prouve d'ailleurs clairement. (Demolombe, n° 430.)

2° La substitution doit nécessairement, et à peine de nullité, être faite au profit de *tous* les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge et de sexe (art. 1050). Autrement elle aurait pu conduire au rétablissement des anciens privilèges de primogéniture et de masculinité. Ainsi, la substitution par laquelle le testateur charge le grevé de choisir parmi ses enfants celui qui recueillera les biens formant l'objet de la substitution, est nulle. (Pau, 26 fév. 1869, D., 1874, 5, 465.)

3° Si le grevé de restitution au profit de ses enfants meurt, laissant des enfants au premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueillent, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé (art. 1051), Cette disposition est contraire aux articles 20 et 21 de l'ordonnance de 1747, qui n'admettaient la représentation en matière de substitution qu'exceptionnellement dans le cas où le disposant l'avait prescrite. L'ordonnance était conforme au principe d'après lequel la représentation n'a pas lieu dans les dispositions à titre gratuit, qui sont personnelles (art. 1039). Le code a introduit la règle nouvelle, parce que les substitutions permises dont il s'agit ici ont un tout autre caractère que les anciennes substitutions. Le législateur moderne, dans le but de répartir le bénéfice de la substitution également entre tous les appelés, à l'instar de leur vocation *ab intestat*, a voulu aussi que les petits-fils vinssent, dans les substitutions, recueillir, par représentation, la part de leur auteur prédécédé.

Si *tous* les enfants au premier degré du grevé étaient décédés avant le grevé, la substitution serait caduque, et les biens qu'elle comprenait deviendraient libres entre ses mains. (Demolombe, n°s 428, 429.)

En France, la loi du 17 mai 1826, sur les *substitutions*, avait aboli les articles 1048, 1049 et 1050 du code civil et permis à *toute personne* de donner les biens dont elle pouvait disposer, avec substitution au profit d'*un* ou de *plusieurs* enfants du donataire nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclusivement.

Cette loi a été abolie par l'article 8 de la loi du 7 mai 1849 sur les majorats et les substitutions.

B. *Des conditions relatives aux biens.*

2192. Quels biens peuvent être grevés de substitution? La substitution ne peut comprendre que la *quotité disponible* (articles 1048, 1049). Toutefois si elle frappait une portion de biens excédant la quotité disponible, elle ne serait pas nulle, mais elle serait *réductible* à cette portion.

La substitution peut être faite à titre universel ou à titre particulier, et elle peut, en général, comprendre toute espèce de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. (Gand, 19 nov. 1874, P., 1875, 121.)

C. *Conditions quant à la forme de l'acte.*

2193. La substitution peut être faite par acte de donation entre-vifs ou par testament (art. 1048, 1049). Si elle a lieu par testament, il suffit, contrairement à l'article 906, que les appelés soient conçus au moment du décès du *grevé;* ils ne doivent pas être conçus au moment de la mort du testateur.

2194. La substitution faite par donation entre-vifs est soumise aux règles générales sur les donations. Ainsi, elle ne peut avoir pour objet que des biens présents, et elle doit être acceptée. Toutefois ces règles souffrent les exceptions suivantes :

1° L'acceptation doit être faite seulement par le grevé, et non par les appelés. Cela est évident pour les appelés encore à naître. Mais même ceux qui existent déjà n'ont pas besoin d'intervenir pour rendre la substitution valable à leur égard.

2° Il n'est pas nécessaire que les appelés soient conçus au moment de la donation, comme le prescrit l'article 906; il suffit qu'ils soient conçus au moment du décès du grevé.

Le donateur ne peut plus, par une convention avec le grevé, le décharger de la substitution. Les appelés, même ceux qui ne sont pas encore conçus, sont censés avoir été représentés par le grevé. C'était autrefois une question controversée; mais elle a été résolue dans ce sens par l'article 2 du titre II de l'ordonnance

de 1747. Cette solution est contraire aux principes généraux sur les donations et à l'article 1121.

2195. « Si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition » (art. 1052).

Cette règle est une conséquence de celle qui précède. Les donataires ne pourraient, pas même avec le consentement du donateur, diviser les deux dispositions et renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première.

La charge de rendre imposée par la nouvelle libéralité n'a point d'effet rétroactif; elle ne peut porter atteinte aux droits des tiers; par exemple, aux hypothèques ou servitudes que le donataire aurait conférées à des tiers avant l'acceptation de cette libéralité.

La charge de restitution ne pourrait être imposée par un autre que par le premier donateur; établie par un autre donateur, ce serait une condition contraire à la loi et, comme telle, réputée non écrite (art. 900).

II. EFFETS DE LA SUBSTITUTION PERMISE.

2196. La substitution intéresse le grevé, les appelés et les tiers. La loi prescrit certaines mesures pour garantir ces divers intérêts. Nous aurons à examiner : *A.* les mesures de garantie dans l'intérêt des appelés; *B.* les mesures prescrites dans l'intérêt des tiers; *C.* les droits du grevé, et *D.* les droits des appelés.

A. *Des mesures prescrites dans l'intérêt des appelés.*

1. DE LA NOMINATION D'UN TUTEUR A LA SUBSTITUTION.

2197. La loi a prévu les difficultés que l'exécution de la substitution pourrait faire naître. Elle a voulu éviter qu'à l'occasion

Cette loi a été abolie par l'article 8 de la loi du 7 mai 1849 sur les majorats et les substitutions.

B. *Des conditions relatives aux biens.*

2192. Quels biens peuvent être grevés de substitution? La substitution ne peut comprendre que la *quotité disponible* (articles 1048, 1049). Toutefois si elle frappait une portion de biens excédant la quotité disponible, elle ne serait pas nulle, mais elle serait *réductible* à cette portion.

La substitution peut être faite à titre universel ou à titre particulier, et elle peut, en général, comprendre toute espèce de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. (Gand, 19 nov. 1874, P., 1875, 121.)

C. *Conditions quant à la forme de l'acte.*

2193. La substitution peut être faite par acte de donation entre-vifs ou par testament (art. 1048, 1049). Si elle a lieu par testament, il suffit, contrairement à l'article 906, que les appelés soient conçus au moment du décès du *grevé;* ils ne doivent pas être conçus au moment de la mort du testateur.

2194. La substitution faite par donation entre-vifs est soumise aux règles générales sur les donations. Ainsi, elle ne peut avoir pour objet que des biens présents, et elle doit être acceptée. Toutefois ces règles souffrent les exceptions suivantes :

1° L'acceptation doit être faite seulement par le grevé, et non par les appelés. Cela est évident pour les appelés encore à naître. Mais même ceux qui existent déjà n'ont pas besoin d'intervenir pour rendre la substitution valable à leur égard.

2° Il n'est pas nécessaire que les appelés soient conçus au moment de la donation, comme le prescrit l'article 906; il suffit qu'ils soient conçus au moment du décès du grevé.

Le donateur ne peut plus, par une convention avec le grevé, le décharger de la substitution. Les appelés, même ceux qui ne sont pas encore conçus, sont censés avoir été représentés par le grevé. C'était autrefois une question controversée; mais elle a été résolue dans ce sens par l'article 2 du titre II de l'ordonnance

de 1747. Cette solution est contraire aux principes généraux sur les donations et à l'article 1121.

2195. « Si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition » (art. 1052).

Cette règle est une conséquence de celle qui précède. Les donataires ne pourraient, pas même avec le consentement du donateur, diviser les deux dispositions et renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première.

La charge de rendre imposée par la nouvelle libéralité n'a point d'effet rétroactif; elle ne peut porter atteinte aux droits des tiers; par exemple, aux hypothèques ou servitudes que le donataire aurait conférées à des tiers avant l'acceptation de cette libéralité.

La charge de restitution ne pourrait être imposée par un autre que par le premier donateur; établie par un autre donateur, ce serait une condition contraire à la loi et, comme telle, réputée non écrite (art. 900).

II. EFFETS DE LA SUBSTITUTION PERMISE.

2196. La substitution intéresse le grevé, les appelés et les tiers. La loi prescrit certaines mesures pour garantir ces divers intérêts. Nous aurons à examiner : *A.* les mesures de garantie dans l'intérêt des appelés; *B.* les mesures prescrites dans l'intérêt des tiers; *C.* les droits du grevé, et *D.* les droits des appelés.

A. *Des mesures prescrites dans l'intérêt des appelés.*

1. DE LA NOMINATION D'UN TUTEUR A LA SUBSTITUTION.

2197. La loi a prévu les difficultés que l'exécution de la substitution pourrait faire naître. Elle a voulu éviter qu'à l'occasion

d'une charge imposée à un père au profit de ses enfants, il pût s'élever entre eux des contestations, en confiant à une tierce personne, le *tuteur*, le soin de veiller à l'exécution de la disposition après la mort du donateur ou du testateur. (Exposé des motifs, n° 74, Locré, 413.)

Les auteurs du code ont suivi l'ordonnance de 1747. Elle prescrivait la nomination d'un *curateur*, qui, toutefois, n'était pas obligé d'accepter ces fonctions, dont la mission était moins générale que celle du tuteur sous le code, et à qui incombait seulement le soin de surveiller la confection de l'inventaire et l'emploi du mobilier. (Demolombe, n° 461.)

Aujourd'hui le tuteur est chargé de veiller à l'exécution complète de la substitution, et il est personnellement responsable s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles établies par la loi « pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription et, en général, s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée » (article 1073). Mais les biens du tuteur ne sont pas grevés de l'hypothèque légale, et il n'a pas à côté de lui un subrogé tuteur.

2198. Un tuteur spécial pour veiller à l'exécution de la substitution doit être nommé dans tous les cas, quand même les appelés seraient majeurs, ou mineurs et ayant déjà un tuteur. Dans ce dernier cas, rien ne s'oppose à ce que le tuteur ordinaire des mineurs soit en même temps tuteur à la substitution.

2199. Celui qui fait la substitution peut lui-même nommer le tuteur par le même acte qui contient la disposition ou par un acte postérieur, *en forme authentique,* dit l'article 1055. Cet acte authentique peut être un acte notarié ou une déclaration devant le juge de paix assisté de son greffier (arg. art. 392 et 398, et *suprà,* nos 698, 703).

Mais la nomination peut-elle se faire par un testament *olographe?* Sans doute. Car toute la disposition peut être faite par un testament olographe; donc aussi la nomination du tuteur dans le même acte. Puis l'article 398 permet de nommer un tuteur au mineur par un testament olographe. Les mots *acte authentique* sont seulement énonciatifs. (Demolombe, n° 467; Mourlon, t. II, p. 421.) La question est controversée.

2200. « A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou du testateur; ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu » (art. 1056).

Dans ce cas, la nomination doit se faire par le conseil de famille des appelés, suivant la forme prescrite en général pour la nomination du tuteur. La loi ne le dit pas; mais cette solution est rationnelle, d'autant plus que l'article 1055 renvoie au titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.*

2201. L'obligation du grevé de provoquer la nomination du tuteur est sanctionnée par l'article 1057 en ces termes : « Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article précédent sera déchu du bénéfice de la disposition; et, dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur impérial au tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte. »

Cette disposition a soulevé plusieurs questions :

2202. 1° La déchéance est-elle encourue de plein droit, ou doit-elle être prononcée par le juge? Est-elle facultative, ou bien est-elle nécessaire? Le texte est formel et impératif. *Le grevé sera déchu du bénéfice de la disposition*. Elle est donc nécessaire. (Orléans, 9 avril 1867, D., 1867, 2, 57.) Toutefois elle n'est pas encourue de plein droit; elle doit être prononcée par le juge. Le fait dont elle résulte doit être constaté judiciairement. Le juge aura aussi à examiner à quel moment l'acte contenant la disposition a été connu.

Malgré les termes absolus de la loi, les auteurs admettent avec raison que la déchéance ne doit pas être prononcée si c'est sans la faute du grevé et par suite d'une force majeure que la nomination du tuteur a été omise; par exemple si le grevé était mineur et sans tuteur, ou si, étant même majeur, il a été empêché d'agir par une maladie grave. (Mourlon, t. II, p. 422; Demolombe, n° 474.)

2203. 2° Le grevé mineur peut-il être restitué contre la dé-

chéance lorsque son tuteur a négligé de faire nommer le tuteur à la substitution? Non. L'article 1074 le prouve à l'évidence : « Si le grevé est mineur », dit-il, « il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre. » La loi ne fait aucune distinction. Quelles que soient les règles que le tuteur a négligé d'observer, le mineur ne peut être restitué.

2204. 3° Comment concilier les termes impératifs de l'article 1057 : *le grevé sera déchu*, avec les mots suivants : *et, dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert*, etc., », qui semblent indiquer une faculté? Il n'y a pas de contradiction; ces deux termes *sera* et *pourra* se rapportent à des objets différents. Le grevé sera déchu du bénéfice de la disposition; c'est là la première règle que proclame l'article 1057. Puis il s'occupe des conséquences de cette règle : c'est l'ouverture du droit des appelés, laquelle *pourra* être réclamée par les diverses personnes qui y sont désignées. Le mot *pourra* se réfère aux personnes investies de la faculté de demander l'ouverture du droit des appelés.

2205. 4° Qui peut provoquer la déchéance du grevé? Ce sont les personnes auxquelles l'article 1057 confère la faculté de demander que le droit soit ouvert au profit des appelés.

2206. 5° La déchéance est prononcée au profit des appelés et non au profit des héritiers *ab intestat* du disposant. Elle est sans influence sur les droits des appelés entre eux, et elle profite aussi bien aux enfants nés après la déchéance qu'à ceux qui existaient déjà antérieurement. Si l'un des appelés, auquel la déchéance avait profité, était décédé avant la mort du grevé, sans laisser de descendants (art. 1051), sa part accroîtrait aux appelés survivants et ne serait pas dévolue à ses héritiers *ab intestat*.

2207. 6° La déchéance peut-elle être demandée s'il n'existe pas encore d'appelés? La question est très-controversée. On ne peut pas admettre une déchéance au profit des héritiers *ab intestat* du disposant; ce serait contraire au texte et à l'esprit de l'article 1057, qui proclame la déchéance au profit de ceux en faveur desquels la substitution a été faite.

D'un autre côté, un droit ne peut être déclaré ouvert au profit de personnes qui n'existent pas encore et qui, peut-être, ne viendront jamais à existence.

Et l'on ne peut pas non plus laisser le grevé disposer librement des biens qu'il a reçus à charge de conserver et de rendre; ce serait compromettre les intérêts des enfants à naître.

Plusieurs auteurs sont d'avis que la déchéance ne peut pas être demandée, mais que le tribunal pourrait ordonner des mesures dans l'intérêt des appelés à naître. (Zachariæ, Aubry et Rau, § 696, note 27; Demolombe, nº 478; Troplong, nº 2262.)

Il nous semble que la lacune laissée par la loi serait aisément comblée en donnant au procureur du roi le droit de provoquer la nomination d'un tuteur qui administrera les biens compris dans la substitution dans l'intérêt des appelés éventuels (arg. articles 1056, 1057.)

2208. La tutelle à la substitution est un *munus publicum* comme celle des mineurs et des interdits. Le tuteur ne peut en être dispensé que pour une des causes prévues par la loi. (Voy. art. 427 et suiv., et t. Ier, nos 715-720.)

2. DE L'INVENTAIRE DES BIENS COMPRIS DANS LA SUBSTITUTION.

2209. « Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire contiendra la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers. » (art. 1058). Il est prudent d'y ajouter un procès-verbal constatant l'état des immeubles.

L'inventaire ne doit être dressé que lorsque la substitution comprend l'universalité ou une quote-part de la succession du disposant. S'il s'agit d'un legs particulier, l'objet en est toujours déterminé. Il en est de même en cas de donation entre-vifs ; car alors aussi, les immeubles sont suffisamment désignés; et la *donation* de meubles doit être accompagnée d'un état estimatif (art. 948, et *suprà*, nos 1852-1855).

2210. L'inventaire doit être fait, à la requête du grevé de restitution, et dans le délai de trois mois, en présence du tuteur nommé pour l'exécution, même dans le cas où les appelés se-

raient majeurs. Ses frais sont pris sur les biens compris dans la disposition, parce qu'ils sont faits dans l'intérêt des appelés (art. 1059).

2211. Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé, ou de son tuteur, si le grevé est mineur (art. 1060). Et, si l'inventaire n'a pas été fait, dans le délai fixé par la loi, par le grevé ou par le tuteur nommé pour l'exécution, il y sera procédé à la diligence des personnes désignées dans l'article 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution (art. 1061, et *suprà*, n° 2201.)

3. DE LA VENTE DU MOBILIER.

2212. Les meubles sont sujets au dépérissement et à la dépréciation. C'est pour ce motif que le grevé est tenu de procéder à la vente de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception des meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition à la condition expresse de les conserver en nature. Ces derniers doivent être rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution (art. 1062, 1063; 589, et t. Ier, n° 981.)

Les choses incorporelles, telles que créances, rentes, ne doivent pas être vendues parce qu'elles ne sont pas sujettes à dépérissement. Toutefois, les titres au porteur devraient être convertis en titres nominatifs afin d'empêcher le grevé d'en disposer au préjudice des appelés. Si cette conversion ne peut se faire, ils doivent être vendus, pour le prix en être placé conformément à l'article 1067. (*Infrà*, nos 2214-2216.)

2213. La donation entre-vifs ou testamentaire ayant pour objet des terres est censée comprendre également les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir ces terres. Le grevé ne doit pas les faire vendre; il est seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre d'une égale valeur lors de la restitution (art. 1064). Cet article est puisé dans l'article 6 du titre Ier de l'ordonnance de 1747. A la rigueur, il était inutile de le répéter ici; car, d'après l'article 524, les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont

aujourd'hui immeubles par destination (voy. t. Ier, nos 851, 852); et la loi n'oblige pas le grevé à vendre les immeubles. La présence de cette disposition s'explique parce que le titre *des Donations et Testaments* a été décrété le 3 mai 1803, avant le titre *De la Distinction des biens* (qui est du 25 janvier 1804), donc, à une époque où les bestiaux et ustensiles aratoires étaient encore considérés comme meubles.

2214. La vente doit avoir lieu publiquement par affiches et enchères, en présence du tuteur à la substitution (art. 1062, 1073); mais la loi ne dit pas dans quel délai. Il faut admettre que c'est dans le délai de six mois au plus tard, puisque l'emploi des deniers doit être fait dans les six mois (art. 1065). Si le grevé n'a pas fait la vente dans ce délai, le tuteur nommé pour l'exécution doit s'adresser à la justice pour se faire autoriser à y procéder, le grevé dûment appelé (arg. art. 1073).

4. DE L'EMPLOI DES DENIERS.

2215. Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs qui se trouvaient compris dans la disposition et qui ont été immédiatement remboursés. — Ce délai pourra être prolongé, s'il y a lieu (art. 1065). Le grevé devra faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et des remboursements de rentes qui auront lieu après son entrée en jouissance; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers (art. 1066). Ce délai ne peut être prolongé. Il est plus court que dans le cas précédent, parce que le grevé, depuis qu'il a été mis en possession des biens, a pu connaître l'échéance des effets actifs, et il a pu d'avance aviser au placement des deniers à recevoir.

2216. L'emploi doit être fait conformément à ce qui a été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait; sinon, il ne peut l'être qu'en immeubles, qui est le placement le plus sûr, ou avec privilége sur des immeubles par le moyen de la subrogation dans des créances privilégiées, ou sur première hypothèque, qui offre

autant de sûreté que le privilége (art. 1067). En **France**, ces sommes peuvent être employées en rentes 3 pour % de la dette publique (loi du 2 juillet 1862, art. 46).

2217. L'emploi doit être fait par le grevé en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution (art. 1068). Les sommes employées ne peuvent être remboursées au grevé qu'en présence du même tuteur, qui doit en exiger et surveiller un nouvel emploi. (Mourlon, t. II, p. 425; arg. art. 1073.)

B. *Des mesures de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers.*

2218. Un des griefs les plus sérieux contre les anciennes substitutions, c'est qu'elles étaient autant de piéges tendus aux tiers, qui se laissaient prendre à ces apparences de fortune que l'ouverture de la substitution venait détruire. Plusieurs anciens édits et ordonnances avaient déjà essayé de faire disparaître ce moyen de tromper les tiers, en soumettant les substitutions à la publicité; les articles 18-41 de l'ordonnance de 1747 en ont reproduit les dispositions, et ont servi de base aux règles du code civil. (Demolombe, n° 518.)

La charge de conserver et de rendre étant exorbitante du droit commun, on ne peut pas supposer qu'elle grève le propriétaire. Il faut donc avertir les tiers que sa propriété est résoluble, et qu'en traitant avec le propriétaire, ils s'exposent à voir un jour leurs droits anéantis par les appelés.

2219. La substitution doit être rendue publique à la diligence soit du grevé ou de son tuteur, s'il est mineur, soit du tuteur nommé pour l'exécution (art. 1059 et arg. art. 1056). Les appelés, auxquels le défaut de publicité peut nuire, ont aussi le droit de la provoquer, et, par cela même, leur tuteur, s'ils sont mineurs, en a l'obligation (arg. art. 940).

2220. Les substitutions sont rendues publiques, quant aux immeubles, par la transcription des actes entre-vifs ou testamentaires qui les contiennent, sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation des biens; et, quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége (art. 1069).

Voici comment cette disposition doit être appliquée :

1° Si la substitution est établie par une donation entre-vifs, la transcription en est ordonnée par *deux* dispositions distinctes de loi, et dans un double but : *a* par l'article 939, afin d'apprendre aux tiers que le donateur n'est plus propriétaire des biens donnés; *b*. par l'article 1069, afin de faire connaître aux tiers que le droit du donataire (le grevé) est révocable.

Dans l'hypothèse prévue par l'article 1052 (*suprà*, n° 2195), la nouvelle libéralité devrait être transcrite conformément à l'article 1069 et mention devrait en être faite en marge de la transcription de la première donation;

2° Si la substitution est créée par un testament, il doit être transcrit de la même manière que la donation;

3° Si les deniers faisant l'objet de la substitution ont été employés à l'achat d'immeubles, les actes d'acquisition doivent contenir la mention de cet emploi et être transcrits comme les donations et les testaments. Par cette mention, les tiers sont suffisamment avertis que la propriété du grevé est révocable;

4° Lorsque des sommes sont placées par privilége, l'acte de subrogation doit faire mention que ces sommes sont grevées de substitution, et il doit être fait, en marge de l'inscription du privilége, mention de cette subrogation (voy. *suprà*, n° 2216, et loi belge du 16 décembre 1851, art. 5);

5° En cas d'emploi sur première hypothèque, l'acte d'emprunt doit contenir la mention que les sommes ainsi placées sont grevées de substitution, et cette mention doit se trouver dans l'inscription hypothécaire.

2221. Si toutes les formalités indiquées au numéro précédent ont été accomplies, les tiers qui peuvent avoir intérêt à connaître la substitution sont réputés la connaître et ne peuvent plus prétexter d'ignorance.

Mais, par contre, le défaut de transcription ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers, les tiers acquéreurs, ou d'autres tiers intéressés, par exemple, les débiteurs des capitaux grevés de substitution, pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription (art. 1071).

2222. Qui peut opposer le défaut d'accomplissement des

formalités indiquées au n° 2220? Toutes les personnes qui ont traité avec le grevé dans l'ignorance de la substitution peuvent avoir intérêt à opposer le défaut d'accomplissement de ces formalités. Mais la loi n'attribue ce droit qu'aux créanciers chirographaires et hypothécaires du grevé et aux *tiers acquéreurs à titre onéreux*, c'est-à-dire à ceux au profit desquels le grevé aurait aliéné un immeuble, ou constitué un droit réel sur un immeuble compris dans la substitution (art. 1070). Il est vrai que la loi ne dit pas expressément que ce droit n'appartient qu'aux acquéreurs *à titre onéreux;* mais cela résulte de l'assimilation des tiers acquéreurs aux créanciers, de la différence de rédaction entre les articles 1070 et 941, et du terme *acquéreur* qui ordinairement ne s'applique qu'aux acquisitions onéreuses; et enfin, cette interprétation est conforme à l'équité : les acquéreurs à titre onéreux seraient exposés à une perte s'ils ne pouvaient opposer le défaut de transcription; les acquéreurs à titre gratuit seraient seulement privés d'un bénéfice. (Zachariæ, § 696, notes 42 et 43; Mourlon, t. II, p. 427; Demolombe, n° 538.)

La comparaison des articles 941 et 1070 fait voir que la loi admet avec plus d'étendue le droit d'opposer le défaut de transcription de la donation que le défaut de transcription de la substitution. (Voy. *suprà,* n°s 1899 et suiv.)

Le défaut de transcription ne peut donc pas être opposé par les donataires et les légataires à titre particulier du grevé. Il ne peut être opposé par ses héritiers, légataires universels ou à titre universel, parce qu'ils succèdent dans l'obligation de restituer les biens aux appelés.

2223. Le défaut de transcription peut être opposé aux appelés, même aux mineurs et interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables (art. 1070 comparé aux art. 941 et 942 et, *suprà,* n° 1898).

2224. Les règles de ce chapitre sur la transcription et l'inscription des *substitutions* n'apportent aucune modification aux règles sur la transcription des *donations entre-vifs* (art. 939, 942 et *suprà,* n°s 1893, 1901). Chacune de ces deux catégories produit les effets qui lui sont propres.

L'article 1072 porte : « Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription. »

Les auteurs sont en désaccord sur le sens de cet article. Suivant les uns, il déroge à l'article 941, et même le défaut de transcription de la *donation* ne peut être opposé aux *appelés* ; il peut être opposé au grevé par les personnes désignées dans l'article 1072 si elles ont traité avec le disposant. (Zachariæ, § 696, note 45; Colmet de Santerre, n° 238 *bis*.) D'autres considèrent l'article 1072 comme aussi inutile aujourd'hui que sous l'ordonnance de 1747 (art. 34), dans laquelle cette règle n'avait été insérée que pour prévenir toute confusion entre la publicité de la *donation* et la publicité de la *substitution*. Car les tiers qui traitent avec le disposant n'ont aucun intérêt à connaître la *substitution*, parce qu'elle ne leur porte aucun préjudice; ceux qui traitent avec le grevé ont seuls intérêt à la connaître. Cette opinion, qui était aussi celle de Pothier, est préférable. Car il est difficile de voir dans un texte aussi peu explicite une dérogation à l'article 941. (Mourlon, t. II, p. 427-428.)

2225. Les articles 1-5 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 ont-ils dérogé aux règles de publicité prescrites par le code civil, spécialement pour la publicité des *substitutions?* La question est controversée parmi les jurisconsultes belges qui ont écrit sur la loi hypothécaire.

Comme il a été dit au numéro précédent, il faut bien distinguer la publicité de la *donation qui contient la substitution* et la publicité de la *substitution même*. La publicité des donations entre-vifs est régie par la loi de 1851. (Voy. *suprà*, nos 1893-1901.) Mais cette loi ne s'occupe point de la publicité de la charge de conserver et de rendre, laquelle continue d'être régie entièrement par les articles 1069 et suiv. du code. L'objet de la loi de 1851 et celui des articles 1069 et suiv. du code sont tout à fait différents. (Voy., en ce sens, la dissertation de M. V. Thiry, professeur à l'université de Liége, dans la *Belg. jud.*, t. 14, p. 657-661.)

C. *Des droits et des obligations du grevé.*

2226. Le code ne contient pas de règles spéciales qui déterminent le droit et les obligations du grevé; elles doivent être puisées dans le caractère même de la substitution et dans les traditions.

Quelques auteurs assimilent le grevé à l'usufruitier. C'est une erreur; son droit est plus étendu; il est *propriétaire*, mais à la charge de rendre les biens aux appelés. (Voy. *suprà*, n° 1696.) D'autres disent qu'il est propriétaire sous condition résolutoire et que les appelés sont propriétaires sous condition suspensive. Cette formule n'est pas exacte non plus; car elle entraînerait la rétroactivité du droit des appelés et la résolution du droit du grevé dans le sens des articles 1179 et 1183. La rétroactivité n'est pas si étendue.

On peut ainsi formuler le droit du grevé : Il est propriétaire des biens compris dans la substitution; mais il ne peut pas faire des actes incompatibles avec l'obligation de les rendre aux appelés; ceux-ci peuvent demander la nullité des actes du grevé qui portent atteinte à leur droit.

Si, par le prédécès des appelés, la substitution est devenue caduque, le grevé a toujours été propriétaire, et les actes qu'il a faits en cette qualité sont inattaquables. (Bordeaux, 3 mai 1877, D., 1878, 2, 95.)

2227. Les appelés reçoivent leur droit en vertu de la volonté du disposant et non par la volonté du grevé. De là il résulte que les actes du grevé, inconciliables avec l'obligation de rendre, ne peuvent être opposés aux appelés, et que ceux-ci peuvent recueillir la substitution tout en renonçant à la succession du grevé. Mais s'ils ont accepté purement et simplement sa succession, ils sont liés par les actes du grevé, et, en les attaquant, ils seraient repoussés par l'exception de garantie; *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. Pour ne pas être liés par ces actes, ils devraient accepter la succession du grevé sous bénéfice d'inventaire.

2228. Le disposant lui-même peut limiter la charge de ren-

dre, en attribuant à la femme du grevé, en cas d'insuffisance des biens libres de celui-ci, sur les biens à rendre, un recours *subsidiaire* pour le capital des deniers dotaux. Ce recours n'existe que si le disposant l'a *expressément* ordonné dans l'acte de fondation de la substitution ; et il ne peut être exercé qu'après discussion des biens du mari et seulement pour le *capital*, et non pour les *intérêts* des deniers dotaux qui pourraient être dus à la femme après la séparation de biens. Les deniers *dotaux* comprennent toutes les valeurs que la femme apporte en mariage (art. 1540) ; mais le recours sur les biens à rendre n'a pas lieu à raison des autres causes de reprises, par exemple, des aliénations consenties par la femme et dont le prix aurait été touché par son mari (art. 1054).

Cette disposition est une modification des articles 44 et 45 du titre 1er de l'ordonnance de 1747, suivant lesquels la femme du grevé avait, de plein droit, un recours subsidiaire sur les biens compris dans la substitution, tant pour les intérêts que pour le capital des deniers dotaux, ainsi que pour le fonds et les arrérages du douaire.

2229. Le grevé peut faire tous les actes de propriété qui ne sont pas incompatibles avec l'obligation de rendre ; donc tous les actes d'administration, y compris les baux. Mais il ne peut les faire que pour neuf ans, conformément aux articles 1429 et 1430 du code, parce que le bail de plus de neuf ans est considéré comme une espèce d'aliénation qui restreindrait le droit de propriété que les appelés doivent recevoir de la volonté du disposant.

Le grevé peut et doit même intenter les actions mobilières en recouvrement des créances comprises dans la substitution, il peut les recevoir et en donner quittance ; mais, ces créances rentrées, il doit en faire l'emploi dans les trois mois, conformément à ce qui a été dit aux nos 2215 à 2217.

Il est obligé d'apporter à l'entretien et à la conservation des biens tous les soins d'un bon père de famille ; car le défaut d'entretien pourrait être un obstacle à la restitution, et compromettrait sa responsabilité. Il doit même faire les grosses réparations, soit moyennant un emprunt à contracter avec l'autorisation de la justice, à la charge des appelés, soit en avançant les deniers

nécessaires à cet effet, sauf à les répéter contre ces derniers. (Zachariæ, § 696, note 58.)

Il doit, sous peine de dommages-intérêts, interrompre les prescriptions concernant les biens compris dans la substitution. Le tuteur à la substitution aussi peut interrompre les prescriptions (arg. art. 1073).

2230. Quant aux actes d'*aliénation,* ils lui sont défendus, parce qu'ils sont incompatibles avec l'obligation de rendre. Toutefois cette règle doit être appliquée et modifiée de la manière suivante :

1° Les immeubles aliénés peuvent être revendiqués par les appelés;

2° Les meubles corporels aliénés ne peuvent être revendiqués contre les acquéreurs de bonne foi : la règle *En fait de meubles, la possession vaut titre* s'y oppose (art. 2279 et 1141);

3° Le grevé ne peut pas céder les créances privilégiées ou hypothécaires rendues publiques conformément à ce qui a été dit au n° 2220, 4° et 5°; car autrement cette publicité n'aurait pas de but. Les appelés peuvent considérer de semblables cessions comme nulles et obliger les débiteurs à payer entre leurs mains;

4° Le débiteur ayant, en général, la faculté de se libérer, le remboursement des créances, même hypothécaires ou privilégiées, ne peut être empêché. Mais, comme le placement sur des immeubles a dû être fait en présence du tuteur nommé pour l'exécution, et que cette présence est mentionnée dans l'acte, le remboursement de ces créances ne peut se faire qu'en présence du même tuteur. (Voy. *suprà,* n° 2217.)

2231. 5° Le grevé pourrait-il transiger au sujet des biens compris dans la substitution? La transaction pouvant être favorable aux intérêts des appelés, nous croyons qu'il ne faut pas la rendre impossible d'une manière absolue, et, pour le même motif, nous l'avons admise en matière d'absence, malgré le silence de la loi. Mais, pour lier les appelés, la transaction doit avoir été conclue avec le consentement du tuteur et les formalités prescrites pour les transactions intéressant les mineurs (art. 467, et t. Ier, nos 225 *b;* 749). L'article 53 du titre II de l'ordonnance de 1747 donnait aussi au tuteur le pouvoir de transiger, sous certaines conditions. (Demolombe, n° 560.)

2232. Le grevé a qualité pour intenter les actions judiciaires personnelles et réelles concernant les biens compris dans la substitution, et les mêmes actions peuvent être dirigées contre lui. Les jugements rendus en faveur du grevé profitent aux appelés; ceux rendus contre lui ne peuvent être opposés aux appelés que lorsqu'ils ont été rendus contradictoirement avec le tuteur et sur les conclusions du ministère public. C'est conforme à l'ordonnance de 1747, tit. II, art. 49, 50. (Zachariæ, § 696, note 50; Demolombe, nº 558.) Il y a controverse sur la nécessité des conclusions du ministère public, parce que l'article 83 du code de procédure n'en fait pas mention.

2233. Une grande controverse a été soulevée au sujet de la question de savoir si la prescription court contre le grevé au préjudice des appelés. Il faut distinguer :

1° Ceux qui tiennent leur droit du grevé, par exemple l'acheteur ou le donataire, ne peuvent opposer aux appelés que la prescription trentenaire, et non l'usucapion de dix ou vingt ans. Ils ont un titre, mais à cause de la publicité donnée à la substitution, ils sont censés en connaître le caractère et, par cela même, présumés être de mauvaise foi (art. 2239).

2° Dans tous les autres cas, la prescription court également contre le grevé et contre les appelés, même mineurs et interdits, conformément aux principes généraux sur la matière. Les appelés ne peuvent donc pas être restitués contre l'accomplissement de la prescription, car la loi ne contient aucune disposition qui suspende le cours de la prescription à leur égard, et c'est à tort que les auteurs qui enseignent la doctrine contraire s'appuient sur l'adage : *Contra agere non valentem non currit præscriptio*. Cet adage n'est applicable qu'au cas où l'action n'est pas encore née (*actio nondum nata*). Mais les actions contre les tiers relatives aux biens compris dans la substitution sont nées et peuvent être intentées, tant par le grevé que par le tuteur nommé pour l'exécution. Car ce dernier représente la substitution comme si c'était une personne morale; il est nommé précisément pour représenter les intérêts de ceux dont le droit n'est pas encore ouvert et qui, par cela même, ne peuvent pas encore agir. (Paris, 23 déc. 1873, D., 1876, 2, 124.) Donc, à aucun point de vue, on ne peut dire qu'il y a ici impossibilité d'agir.

D. *De l'ouverture des droits des appelés, et de la caducité des substitutions.*

2234. Les appelés ont sur les biens compris dans la substitution un droit éventuel subordonné à la condition de survivre au grevé. Donc, la substitution devient caduque si tous les appelés prédécèdent au grevé, quand même ils laisseraient des descendants. Sur le cas de prédécès de quelques-uns des appelés avec postérité, voy. *suprà*, n° 2191, 3°.

2235. La *substitution* ne sera pas caduque lorsque l'*institution* même est devenue caduque, soit par le refus, soit par l'incapacité du grevé de l'accepter, soit par son décès avant le testateur, quand même il n'existerait pas encore d'appelés au moment du décès du testateur. A l'appui de cette opinion, on peut invoquer :

1° L'ancien droit. L'article 27 du titre Ier de l'ordonnance de 1747 déclare que la renonciation du grevé ne peut nuire au substitué, et la validité de la substitution, nonobstant la caducité de l'institution, était généralement admise dans les pays coutumiers. La disposition contraire de l'article 26 de la même ordonnance n'était en vigueur que dans les pays de droit écrit, parce que la caducité de l'institution d'héritier, par suite de son décès avant le testateur, entraînait, en général, sauf la clause codicillaire, la caducité des substitutions. Mais comme le code, en ce qui concerne l'institution d'héritier, a suivi le droit coutumier, il faut aussi admettre la validité de la substitution en cas de caducité de l'institution.

2° Telle est la volonté du testateur ; il faut la respecter et il ne peut appartenir au grevé de l'annihiler en refusant la disposition contenant charge de rendre, et en reprenant les mêmes biens en tout ou en partie en qualité d'héritier *ab intestat ;* ce qui pourrait arriver.

3° Cette solution n'est contraire ni aux textes ni aux principes du code. L'objection tirée de l'article 906 ne tient pas, parce qu'en matière de substitution, la loi déroge à la règle qu'il faut exister pour recueillir une libéralité.

2236. « Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère

ou de la sœur, grevés de restitution, cessera », porte l'article 1053.

Les droits des appelés s'ouvrent donc régulièrement par *la mort* du grevé. Alors l'ouverture a lieu d'une manière absolue, à l'égard de toutes les personnes, tant des appelés que des tiers. La substitution est recueillie par tous les appelés qui survivent au grevé. Ils peuvent l'accepter ou la répudier.

2237. Les droits des appelés peuvent encore s'ouvrir du vivant du grevé :

1° Par la déchéance prononcée par l'article 1057. (Sur les effets de cette déchéance, voy., *suprà*, nos 2206 et 2207.)

2° Par l'abandon anticipé de la jouissance (art. 1053).

3° Par l'absence. (Voy., t. Ier, nos 213 et suiv.)

2238. Les auteurs sont d'accord que le mot *jouissance* dans l'article 1053 est improprement employé, et que la loi veut dire *propriété*. Car l'abandon anticipé de la simple *jouissance* est une libéralité au profit des enfants *déjà existants* qui ne donne pas lieu à l'ouverture de la *substitution* au profit de tous les appelés. Ainsi, par exemple, si un enfant venait à naître après l'abandon de la simple jouissance et qu'il vînt à mourir peu de temps après, il n'aurait pas recueilli une part des biens compris dans la substitution et il ne la transmettrait pas à ses héritiers.

Ce n'est que l'abandon de la *propriété* ou de tous les droits du grevé qui donnerait lieu à l'ouverture des droits des appelés. Mais cet abandon n'est que provisoire, en ce sens que, s'il naît encore d'autres enfants, ils partageront avec ceux qui existaient déjà au moment de l'abandon.

2239. L'abandon anticipé de ses droits par le grevé n'a d'effet qu'entre le grevé et les appelés et ne porte aucune atteinte aux droits des tiers. Ainsi, il ne peut porter préjudice aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon, lesquels peuvent toujours se faire payer sur les revenus des biens substitués (art. 1053). Les appelés ne peuvent pas, du vivant du grevé, attaquer les hypothèques et autres droits réels qu'il aurait consentis sur les biens compris dans la substitution ; car, s'ils venaient à décéder avant lui, ses droits seraient valables.

2240. Selon quelques jurisconsultes, les droits des appelés sont ouverts par l'arrivée du terme ou de la condition, lorsque le

disposant a fixé pour la restitution une époque autre que celle du décès du grevé, ou qu'il l'a fait dépendre d'un événement incertain autre que la survie des appelés. (Zachariæ, § 696, 4°, 1°.) Nous croyons que, dans ces cas, il n'y a pas de véritable substitution, mais une *fiducie*. (Voy. *suprà*, nos 1696 et 1697, 4°.)

2241. La substitution faite par donation entre-vifs est révoquée, tant à l'égard du grevé qu'à l'égard des appelés, dans le cas où il surviendrait des enfants au disposant.

La révocation pour cause d'ingratitude ou pour inexécution des charges ne donne pas lieu à ouverture des droits des appelés, mais elle entraîne l'anéantissement des libéralités faites au grevé. Les droits des appelés s'ouvriront alors au décès du disposant.

2242. Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si, en vertu de l'article 618 du code, la déchéance peut être prononcée contre le grevé pour abus de jouissance. Il faut résoudre cette question négativement; car aucune disposition de la loi ne l'autorise. L'application au grevé de la pénalité que l'article 618 commine contre l'usufruitier serait donc arbitraire. En cas d'abus, le grevé serait tenu aux dommages-intérêts. Si l'abus de jouissance était de nature à compromettre les droits des appelés, le tuteur pourrait provoquer et le tribunal pourrait décréter des mesures conservatoires, par exemple, l'administration des biens par un séquestre. (Demolombe, n° 576.)

APPENDICE.

DES MAJORATS FONDÉS SOUS L'EMPIRE FRANÇAIS.

2243. L'article 896 de la nouvelle édition du code civil, promulguée sous le titre de *Code Napoléon* en 1807, contient, après la prohibition des substitutions, un troisième alinéa, portant :

« Néanmoins les biens libres formant la dotation d'un titre héréditaire que l'empereur aurait érigé en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pourront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est réglé par l'acte impérial du 30 mars 1806, et par le sénatus-consulte du 14 août suivant. »

Cette disposition n'ayant été abrogée ni modifiée explicitement en **Belgique** par aucune loi postérieure à 1814, on peut se demander si elle est encore en vigueur, et quel est son effet en ce qui concerne les majorats érigés sous l'empire français en **Belgique** ou en faveur de **Belges**.

Les substitutions et les majorats qui font l'objet du décret impérial du 30 mars, du sénatus-consulte du 14 août 1806 et du décret impérial du 1er mars 1808, ont été introduits dans le but politique d'établir des institutions monarchiques et de soutenir la dignité des titres de la nouvelle noblesse créée par l'empire. Cette nouvelle noblesse et les majorats formaient, avec le titre auquel ils étaient attachés pour en assurer le maintien dans les familles, une seule et même institution ayant un caractère exclusivement politique, et les dispositions légales qui la concernent appartiennent au droit public interne de l'empire et non au droit civil. Les institutions et les lois politiques de cette nature s'anéantissent avec l'ordre de choses qui leur a donné naissance. De plus, ces titres honorifiques conférés par l'empereur, et les majorats des biens situés sur le territoire belge, imposaient aux titulaires des devoirs dont l'accomplissement était incompatible avec leur qualité de citoyens du nouveau royaume des Pays-Bas. La charte française de 1814 statua que la nouvelle noblesse con-

serverait ses titres. Le nouveau droit public du royaume des Pays-Bas ne contenait aucune disposition semblable; au contraire, il résulte de l'article 131 de la Loi fondamentale du 24 août 1815, que la noblesse impériale n'a pas été confirmée dans ses droits et prérogatives. Les majorats ainsi que les titres de noblesse créés sous l'empire ont donc été implicitement abolis par la chute de l'empire, par la Loi fondamentale de 1815 et par la Constitution belge (art. 6 et 75). (Bruxelles, 31 juill. 1850, P., 1850, 319.)

En **France**, la loi du 12 mai 1835 a interdit toute institution de majorat à l'avenir, et a restreint à deux degrés, l'institution non comprise, les majorats fondés jusqu'alors avec des biens particuliers. De plus elle a permis au fondateur du majorat de le révoquer en tout ou en partie ou d'en modifier les conditions, excepté dans le cas où il existait un appelé qui avait, avant cette loi, contracté un mariage non dissous ou dont il restait des enfants.

La loi du 7 mai 1849 sur les *majorats et les substitutions* abolit les majorats de biens particuliers qui auront été transmis à deux degrés successifs, à partir du premier titulaire, et déclare les biens composant ces majorats libres entre les mains de ceux qui en sont investis. Pour l'avenir, elle dispose que la transmission limitée à deux degrés à partir du premier titulaire n'aura lieu qu'en faveur des appelés déjà nés ou conçus lors de la promulgation de cette loi. S'il n'existe point d'appelés, les biens des majorats deviennent immédiatement libres entre les mains du possesseur (art. 1 et 2).

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS. (Art. 1075-1080.)

I. MOTIFS ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

2244. Les motifs pour lesquels la loi attribue aux ascendants le pouvoir de faire le partage entre leurs descendants sont : 1° d'empêcher entre eux les dissensions : *ut a fraterno certamine*

eos præservent, dit déjà la Nov. 18, c. 7 ; 2° d'épargner la nécessité et les frais d'un partage judiciaire, s'il y a, parmi les descendants, des mineurs ou des incapables (voy. *suprà*, n° 1490) ; 3° de donner à l'ascendant, qui connaît les besoins, les goûts et les aptitudes de chacun de ses enfants ainsi que la valeur, la nature, les avantages et les inconvénients de ses propriétés, le moyen d'attribuer à chacun d'entre eux ce qui est le plus à sa convenance ; 4° de fournir à l'ascendant lui-même la faculté de trouver la satisfaction de ses besoins et de ses convenances, en se retirant de ses affaires et en en abandonnant la direction à ses enfants. (Exposé des motifs, n° 76, Locré, 414.)

2245. Le droit romain connaît le partage d'ascendants et accorde même, pour l'opérer, beaucoup de facilités en ce qui concerne la forme. Ce partage peut se faire de deux façons :

1° Par un *testament* appelé par les auteurs *testamentum parentum inter liberos*. Les constitutions des empereurs Constantin, Théodose II et Justinien rangent ce testament parmi les privilégiés. Il suffit que la dernière volonté de l'ascendant soit constatée par un document dans lequel le testateur a écrit lui-même d'abord la date, ensuite les noms des institués et les parts pour lesquelles ils sont institués, ces parts en toutes lettres. La présence de témoins n'est pas requise. Ce testament doit, comme tout autre, contenir, à peine de nullité, une institution d'héritier. Les descendants immédiats du testateur peuvent seuls être institués. Cet acte ne peut être révoqué que par un testament régulier et solennel. (Nov. 18, c. 7 ; Nov. 107, c. 1 et 2.)

2° Par un simple *partage* qu'un ascendant fait entre ceux qui sont ses descendants immédiats et héritiers *ab intestat*, acte que les commentateurs appellent *divisio parentum inter liberos*, et qui n'exige d'autre formalité qu'une rédaction par écrit et la signature de l'ascendant ou des descendants. Un pareil acte n'est pas un testament ; c'est pourquoi il est valable sans institution d'héritier, pourvu qu'il ne viole pas les règles sur la légitime et la falcidie. (Nov. 107, c. 3 ; Maynz, § 381, 3°.)

Les lois romaines étaient suivies dans les provinces de droit écrit. Mais la confusion entre ces deux modes de disposer avait fait naître une controverse, que l'article 17 de l'ordonnance de 1735 sur les testaments décida en ce sens, que le partage entre

descendants devait être fait par un acte public reçu par un notaire et deux témoins, ou par deux notaires, ou par un acte écrit, daté et signé de la main du testateur. Les père et mère pouvaient faire un semblable partage par un testament conjonctif.

2246. Un grand nombre de coutumes autorisaient expressément le partage d'ascendants, et la jurisprudence l'avait admis dans les pays dont les coutumes étaient muettes sur ce point. Les dispositions sur les détails variaient. En général, le partage pouvait être fait par *tous* les ascendants; selon quelques coutumes, seulement par les père et mère. D'autres, qui étaient considérées comme exceptionnelles, admettaient le partage même entre collatéraux. Sur la forme de ce partage les opinions n'étaient pas unanimes. On exigeait généralement la même forme que celle prescrite par l'ordonnance de 1735 pour les pays de droit écrit.

Le partage devait comprendre tous les enfants et tous les biens de l'ascendant. Il était révocable par une simple déclaration écrite.

Les questions de savoir si ce partage donnait lieu à l'obligation de garantie et à la rescision pour lésion de plus d'un quart étaient très-controversées.

2247. Dans les pays coutumiers, il y avait un autre moyen par lequel une personne pouvait partager ses biens entre ses futurs héritiers, c'était la *démission des biens*, qui participait de la donation entre-vifs en ce qu'elle devait être acceptée et entraînait le dépouillement actuel, et du testament, en ce qu'elle était révocable. Elle a été supprimée par les auteurs du code. (Exposé des motifs, n° 79; rapp. au Tribunat, n° 80, Locré, 416, 482.)

2248. La législation intermédiaire a gardé le silence sur le partage d'ascendant. Plusieurs jurisconsultes enseignent qu'il a été implicitement aboli par la loi du 17 nivôse an II. Quand même cette opinion serait juste, il aurait été implicitement rétabli par la loi du 5 germinal an VIII qui a abrogé celle du 17 nivôse an II. (*Suprà*, n° 1862; voy., sur l'historique de cette matière, Demolombe, n°s 669-692; Grenier, *Donations*, Discours historique, sect. VII.)

II. DU CARACTÈRE JURIDIQUE DU PARTAGE D'ASCENDANT.

2249. Les articles 1075 à 1080, ayant pour objet les *partages* faits par ascendants entre leurs descendants, devraient, à la rigueur, se trouver au chapitre VI du titre Ier du IIIe livre, qui traite du partage des successions; les auteurs du code les ont placés au IIe titre, parce que les actes par lesquels ces partages se font sont soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments (art. 1076).

Les ascendants peuvent, tout en partageant, faire, par les actes dont il s'agit aux articles 1075 à 1080, des libéralités à leurs descendants; mais le caractère prédominant de ces actes sera toujours le partage avec tous ses effets légaux; autrement l'article 1075, portant que « les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens », serait inutile. C'est par ce caractère du partage que ces actes se distinguent des autres actes à titre gratuit dont il est question dans ce titre. « Il ne s'agit pas ici de *créer* par la volonté de l'homme un droit de succession, mais bien de régler, soit immédiatement, par une sorte d'ouverture anticipée, soit pour le temps où il doit naturellement s'ouvrir, l'exercice du droit de *succession conféré par la loi* ou par un acte antérieur de volonté », dit en termes significatifs, M. Demante, *Programme du cours de droit civil*, II, n° 473. Le droit de faire le partage est tellement indépendant de la faculté ordinaire de disposer, qu'il s'applique même à la *réserve* des enfants.

Les dispositions faites par d'autres personnes pour leurs héritiers ou légataires, par exemple par un collatéral, ou par un descendant pour ses ascendants, sont des libéralités régies par le droit commun, auxquelles les règles particulières du partage ne s'appliquent pas. Ainsi, ces dispositions ne pourraient pas être attaquées en nullité pour omission d'un des héritiers (art. 1078), ni pour cause de lésion (art. 1079), ni même pour cause d'erreur; elles ne donneraient pas lieu à garantie en cas d'éviction (article 884) ni au privilége entre copartageants (art. 2103, 3°, et loi hyp. belge, art. 27, 4°); et, si le donateur ou testateur était un

descendant, il ne pourrait pas disposer de la réserve due aux ascendants.

Une autre personne ayant fait la distribution de ses biens entre ses héritiers *peut,* sans doute, y attribuer les conséquences d'un partage, par exemple l'égalité des parts, l'obligation de garantie ; mais il faut, à cet effet, une déclaration expresse de volonté; et encore ne pourrait-il pas y attacher le privilége entre les copartageants, parce que les priviléges ne peuvent dériver que de la loi. (Colmet de Santerre, t. IV, n° **242** *bis*.) De là il suit que la répartition des biens donnés par un ascendant à ses descendants n'est pas un partage d'ascendants si elle est l'œuvre des donataires eux-mêmes. (Poitiers, 4 février 1878, D., 1878, 2, 67 et la note; Lyon, 6 mars 1878, D., 1878, 2, 65, dans ses motifs.)

III. DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU PARTAGE D'ASCENDANT.

A. *Quant aux personnes.*

2250. Le partage ne peut être fait que par des ascendants entre leurs descendants immédiats appelés à leur succession *ab intestat* (art. 1075). Pour être valable il doit être fait entre *tous* les enfants qui existeront à l'époque du décès du disposant et les descendants de ceux prédécédés (art. 1078). De là il résulte que l'omission d'un enfant né après le partage en entraînerait la nullité, mais que l'acte conserverait toute sa validité si l'enfant vivant et omis dans le partage était venu à décéder avant le donateur ou testateur.

Les mots *enfants qui existeront à l'époque du décès* doivent être interprétés *pro subjectâ materiâ* : ce sont les enfants *venant à la succession*. Le partage n'est donc pas nul si les enfants omis renoncent à la succession ou en sont exclus pour cause d'indignité. (Zachariæ, § 732, note 4.)

La prétérition de l'enfant naturel reconnu entraîne aussi la nullité du partage; car il est *hæredis loco* et copropriétaire des biens de la succession, et il a une action en partage comme l'enfant légitime. (*Suprà,* n° 1339.) Il en est de même de l'enfant adoptif (t. Ier, n° 637).

Les enfants d'un enfant prédécédé qui est compris dans le partage, et qui viennent par représentation, prennent la part attribuée à leur auteur (arg. art. 1078).

2251. L'acte de partage peut renfermer aussi des libéralités en faveur d'une personne étrangère à la famille, par exemple le legs de la quotité disponible. Ces libéralités sont régies par le droit commun.

Il en était autrement sous l'ancien droit, parce qu'alors le partage n'était pas soumis aux formes de la donation entre-vifs ou du testament. (Demolombe, n° 706.)

B. *Quant à la forme.*

2252. Les partages d'ascendants peuvent être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments. Les partages faits par actes entre-vifs ne peuvent avoir pour objet que les biens présents (art. 1076, et *suprà*, n° 1844). Le premier alinéa de l'article 1076 rend le second inutile.

Il résulte de cette disposition que l'ascendant peut faire plusieurs actes de partage, à des époques différentes, dans l'une ou l'autre des deux formes admises par la loi.

Il en résulte encore que deux époux ne peuvent plus faire le partage par un testament conjonctif (art. 968, et *suprà*, n° 1951); le code n'a pas reproduit l'article 77 de l'ordonnance de 1735 qui le permettait.

C. *Quant aux biens qui peuvent être compris dans le partage.*

2253. L'ascendant peut comprendre dans le partage tous les biens ou seulement une partie des biens qu'il laissera à son décès. Dans ce dernier cas, il y a lieu à un partage *supplémentaire* des biens qui n'ont pas été compris dans le partage; ils doivent être partagés conformément à la loi (art. 1077).

2254. L'ascendant peut-il, dans un partage testamentaire, comprendre les biens qu'il a donnés entre-vifs à un de ses enfants à titre d'avancement d'hoirie? On peut distinguer :

1° Aucun doute n'existe quant aux biens donnés avec dispense

de rapport ; ayant été donnés irrévocablement, ils ne peuvent plus être compris dans le partage ;

2° Les biens donnés ne peuvent plus être l'objet d'un partage non plus, si l'enfant donataire renonce à la succession du donateur ;

3° Si la donation a été faite sans dispense de rapport, plusieurs auteurs admettent que le bien donné peut être compris dans le partage, par le motif que la donation est censée faite sous la condition résolutoire que le donataire accepte la succession du donateur. (*Suprà*, n°s 1553, 1554.)

Cette opinion est très-contestable et incompatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations. Le bien donné doit, sans doute, être compris fictivement dans la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible, et sa valeur peut être imputée sur la part de l'enfant donataire ; mais le donateur lui-même ne peut plus l'enlever à l'enfant pour le remettre dans la masse et pour l'attribuer à un autre enfant. La condition résolutoire existe au profit des cohéritiers du donataire ; ils peuvent la faire valoir ; le donateur ne le peut pas. (En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, n° 77.)

2255. L'ascendant doit-il, dans la composition des lots, observer la règle des articles 826 et 832, d'après lesquels il faut faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur ? (*Suprà*, n° 1496.)

Cette question ne peut se présenter si le partage a été fait par donation entre-vifs ; car alors il a dû être accepté pour être valable ; et, s'il a été accepté, toute objection contre la composition des lots est non recevable. (Bruxelles, 4 juillet 1878, P., 1878, 279.)

Si le partage est fait par testament, le plus grand nombre d'auteurs et d'arrêts se prononcent pour la nécessité de l'observation des articles 826 et 832, à moins que l'un ou l'autre des objets compris dans le partage ne soit que difficilement partageable ; alors ils admettent que l'ascendant puisse composer les lots d'objets de nature diverse, en faisant entrer les immeubles dans les uns et les meubles dans les autres, et qu'il puisse même attribuer à quelques-uns de ses descendants la totalité des choses

héréditaires, en lotissant les autres en argent. D'autres croient que, dans cette dernière hypothèse, la licitation des choses impartageables, prescrite par l'article 827, est nécessaire.

Nous croyons que l'ascendant n'est pas obligé d'observer la règle des articles 826 et 832, et qu'il est libre de composer les lots comme il le trouve à propos. Car c'était le droit romain suivi par l'ancienne jurisprudence, au témoignage de Merlin. (*Rép.*, v° *Partage d'ascendants*, n° 12; fr. 20, § 3, D., *fam. herciscundæ*, 10, 2; Nov. 107, c. 3; Nov. 18, c. 7; Nov. 115, c. 5, pr.; § 6; J., *De inoffic. testam.*, 2, 18.) Il résulte des discussions qu'il faut présumer que le jugement des père et mère a été bon; que mieux que tous les autres ils peuvent combiner et réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de leurs enfants. (Voy. *suprà*, n° 2244; rapp. au Tribunat, n°s 78, 79, Locré, 481.) De plus, les travaux préparatoires et le code ne mentionnent que deux causes pour lesquelles le partage fait entre tous les enfants puisse être attaqué, ce sont la lésion et la violation des règles sur la réserve; mais nulle part il n'est question de nullité ou de rescision du partage pour inobservation des articles 826 et 832. Si ces articles devaient être rigoureusement observés, le partage d'ascendant aurait rarement de l'utilité. (Voy., en ce sens, Cologne, 23 avril 1852, J., du Pal. franç., de 1853, I, 19 et la note, où nous avons développé cette opinion; Agen, 12 décembre 1866, D., 1867, 2, 17. En sens *contraire*, Demolombe, n°s 199-203; Grenoble, 10 mai 1873, D., 1874, 5, 366; Cass. fr., 24 décembre 1873, D., 1874, 1, 432; Lyon, 23 mars 1877, D., 1878, 2, 33.)

Toutefois la distribution entre les enfants ne peut avoir pour objet que les choses qui se trouvent dans la succession. Ainsi, l'ascendant ne pourrait pas imposer à l'un de ses descendants la nécessité de prendre des objets, à la charge de payer une soulte, alors qu'il n'y aurait pas d'argent dans la succession. Car ce serait le forcer à acheter et la réserve ne peut être vinculée par aucune condition.

IV. DES EFFETS DU PARTAGE D'ASCENDANTS.

A. *Du partage fait par acte de donation entre-vifs.*

2256. Le partage opéré par donation entre-vifs dépouille le donateur actuellement et irrévocablement des biens partagés et en transmet immédiatement la propriété aux donataires. (Cass. fr., 29 janvier 1877, D., 1877, 1, 105.) Ces derniers peuvent donc en exiger immédiatement la délivrance, à moins que le donateur ne s'en soit réservé l'usufruit.

Il résulte de cette thèse : 1° que le donateur n'est pas tenu de la garantie (n° 1886) ; 2° que les donataires peuvent opposer la donation aux tiers et aux créanciers du donateur, pourvu qu'ils aient accompli la formalité de la transcription, sauf aux créanciers à demander la nullité de la donation par l'action paulienne (n° 1891); 3° que si l'un des enfants vient à décéder avant l'ascendant, sa portion dans les biens donnés n'accroît pas à ses cohéritiers, mais est dévolue à ses propres héritiers, sauf à l'ascendant à faire valoir son droit de retour (art. 747, et *suprà*, n°s 1325-1336).

2257. Lès descendants donataires ne sont point tenus des dettes de l'ascendant, peu importe que ce dernier ait disposé à titre universel, en attribuant à chaque enfant une quote-part des biens, ou à titre particulier, en attribuant à chacun des objets spéciaux. (*Suprà*, n°s 1890 et 1891.)

Il en serait autrement si l'ascendant avait imposé à ses descendants l'obligation de payer ses dettes. Les donataires ne devraient alors payer que les dettes ayant une date certaine antérieure à la donation (art. 945 et *suprà*, n° 1845). Semblable condition ne peut comprendre que les dettes qui existent au moment de la donation, et non les dettes futures.

B. *Du partage fait par acte testamentaire.*

2258. Le partage opéré par testament est toujours révocable au gré de l'ascendant, conformément aux règles des articles 1035-1038. (*Suprà*, n°s 2136-2156.) Toutefois, l'aliénation de quelques

objets compris dans le partage n'en entraînerait pas la révocation, à moins que, par l'effet de cette aliénation, l'opération tout entière ne se trouvât dénaturée. (Zachariæ, § 733, 4°.) Semblable aliénation pourrait donner lieu à la garantie. (Voy. *infrà*, n° 2261.) Mais si le testateur avait aliéné *tous* les objets compris au lot d'un des descendants, celui-ci serait en droit de demander la nullité du partage en vertu de l'article 1078, pour cause d'exclusion (n° 2250).

2259. Le testament qui contient le partage *règle* simplement la succession légale (*suprà*, n° 2249); il n'enlève donc pas aux descendants partagés la qualité d'héritiers *ab intestat*. Donc ceux-ci ont la saisine et sont tenus des dettes de la succession, *ultrà vires* s'ils l'ont acceptée purement et simplement, et *intrà vires* s'ils l'ont acceptée sous bénéfice d'inventaire.

2260. Si un des descendants vient à mourir sans postérité avant le disposant, le partage devient caduc à son égard et la portion qui lui a été attribuée devient l'objet d'un partage supplémentaire. (*Suprà*, n° 2165, art. 1039 et 1077.)

Si l'enfant prédécédé avait laissé des descendants, ceux-ci prendraient, par représentation, la part attribuée à leur père dans le testament de l'ascendant (arg. art. 1078). Il faut appliquer ici, non les principes sur les legs, mais ceux sur les successions *ab intestat* (voy. n° 2259). Par la même raison, le partage est sans effet à l'égard de l'héritier qui a renoncé à la succession ou qui en a été exclu comme indigne. Ce qui lui a été attribué dans le testament de l'ascendant ne doit pas être considéré comme une libéralité, mais comme sa part dans la succession.

C. *Effets communs aux deux espèces de partage.*

2261. Si le partage a été fait par donation entre-vifs ou par testament, il produit les effets particuliers de l'un ou de l'autre de ces actes, mais il produit aussi les effets du partage en général. De là il suit : 1° que l'article 883 du code civil est applicable à ces partages (Caen, 26 novembre 1868, D., 1870, 2, 262); 2° que les héritiers sont tenus respectivement à la garantie, les uns envers les autres, des troubles et évictions (art. 884, et *suprà*, n°s 1632 et suiv.); 3° qu'ils ont un privilége les uns sur les

lots des autres à raison de cette garantie, et que ceux qui ont droit à une soulte ont un privilége sur les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte (code civ., art. 2103, 3°, 2109; loi hyp. belge de 1851, art. 27, 4°, 33, et *suprà*, n° 1635); 4° qu'il n'y a pas lieu à rescision du partage pour cause d'éviction. (*Suprà*, nos 1624 et 1635.)

V. DES CAUSES POUR LESQUELLES LE PARTAGE D'ASCENDANT PEUT ÊTRE ATTAQUÉ.

2262. Le partage d'ascendant peut être attaqué en nullité ou en rescision pour les mêmes causes pour lesquelles tous les autres partages peuvent être attaqués, conformément au droit commun. (Voy. *suprà*, nos 1639-1641.) Nous aurons à examiner ici spécialement trois causes : 1° la violation de l'article 1078; 2° la lésion ; 3° l'atteinte à la réserve.

2263. I. Le partage doit être fait entre *tous* les enfants qui existent au moment du décès du disposant (n° 2250). S'il n'est pas fait entre tous ses enfants, il est nul *pour le tout*, et il peut en être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y ont reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage a été fait (art. 1078). Les enfants qui sont compris dans le partage ne sont pas obligés de demeurer dans l'incertitude pendant toute la durée de l'action qui appartient aux enfants qui n'y ont pas été compris. Ils peuvent provoquer un nouveau partage sans demander d'abord la nullité du partage fait par l'ascendant. (Rouen, 20 décembre 1873, D., 1877, 5, 318.) Car ce partage est censé non avenu, inexistant, par cela seul que tous ceux qui auraient dû avoir une part n'y ont pas été compris. Par la même raison l'action dure trente ans, et non dix ans seulement.

2264. II. Le partage peut être attaqué en rescision pour cause de lésion de plus du quart (art. 1079, 887, et *suprà*, nos 1642 et suiv.); c'est-à-dire, lorsque la valeur des choses comprises au lot d'un des descendants est inférieure de plus d'un quart à la valeur de sa part héréditaire.

L'ascendant peut donc favoriser un de ses descendants par le partage, en lui donnant plus qu'aux autres, sans dire que c'est à

titre de « préciput » ou « hors part », pourvu que l'avantage qu'il lui a fait ne constitue pas, pour l'un des autres descendants, une lésion de plus d'un quart.

L'enfant peut demander la rescision pour *lésion*, quand même il aurait reçu toute sa réserve et même plus que sa réserve; par exemple, il y a deux enfants et une succession de 24,000 francs à partager. La réserve est de 8,000 francs et la part *ab intestat* de chacun est de 12,000 francs. Le père donne à l'un de ses enfants 15,300 francs, à l'autre 8,700 francs. Ce dernier peut demander la rescision pour cause de lésion; car, bien qu'il ait reçu 700 francs au delà de sa réserve, il a été lésé de 3,300 francs, donc de plus du quart.

2265. La lésion est calculée sur la masse des biens formant l'objet du partage et non sur la masse totale de la succession. (Bordeaux, 27 déc. 1869, D., 1871, 2, 201.) Ainsi, celui qui a reçu les trois quarts de sa part dans les objets partagés ne peut attaquer le partage pour cause de lésion, quand même il n'aurait pas reçu les trois quarts de sa portion *ab intestat*, ni même sa réserve; par exemple, il y a trois enfants et une succession de 60,000 francs. Le père a donné la quotité disponible (15,000 fr.) à *un étranger* (sur le cas où il l'aurait donnée à un de ses enfants, voy. le numéro suivant). La réserve et la part de chacun dans les objets à partager est de 15,000 francs. A a reçu 15,000 fr.; B, 18,000 et C, 12,000 francs. C n'a pas été lésé d'un quart, car le quart de 15,000 est 3,750; et il n'a pas reçu sa réserve. Il ne peut pas attaquer le partage.

Par la même raison, l'enfant qui n'a pas reçu les trois quarts de sa part dans les objets partagés peut faire rescinder le partage pour cause de lésion, bien que, par suite d'un avantage qui lui aurait été fait, il eût reçu au delà des trois quarts de sa part dans la totalité de la masse héréditaire; par exemple : il y a deux enfants et une succession de 24,000 francs. Le père a donné la quotité disponible (8,000 francs) hors part à A. Dans le partage avec B, A n'a reçu que 5,500 francs, tandis que B en a reçu 10,500. A est lésé de 2,500 francs, donc de plus d'un quart, qui est de 2,000 francs; il peut demander la rescision du partage.

2266. L'action en rescision dure dix ans à compter du jour

du décès de l'ascendant si le partage a été fait par acte entre-vifs (art. 1304); trente ans, s'il a été fait par testament. Le défendeur peut opposer à l'action le moyen résultant de l'article 891. (Voy. *suprà*, nos 1646, 1647.)

2267. III. Il y aurait lieu à attaquer la disposition de l'ascendant dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet (art. 1079). Par exemple: Un père a 60,000 francs de biens et deux enfants; il donne à l'un d'eux 20,000 formant le tiers disponible; ensuite, en partageant les 40,000 francs, il donne au premier 24,000 francs, à l'autre 16,000; l'excédant du partage n'étant que de 4,000, il n'y a pas lésion du quart. Mais comme, par suite de la composition de ces deux dispositions, l'un des enfants aurait 44,000 francs, tandis qu'il ne peut en avoir que 40,000, elles sont attaquables. (Rapport au Tribunat, n° 79, Locré, 481-482.) Il n'importe que la disposition préciputaire ait été faite dans le même acte que le partage ou dans un acte séparé.

Dans ce cas il y a une présomption légale que l'avantage résultant du mode de partage n'est pas l'effet d'une erreur de l'ascendant, mais que c'est dans l'intention de favoriser l'un de ses enfants qu'il lui a attribué un lot d'une valeur supérieure à ceux des autres enfants. (Séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI, n° 30, Locré, 266-268.)

2268. Si la libéralité seule avait porté atteinte à la réserve des autres enfants, ils auraient l'action en réduction, conformément au droit commun. Si la réserve avait été violée par l'avantage indirect résultant pour l'un des enfants de la composition des lots, les autres auraient l'action en rescision pour cause de lésion, conformément aux règles sur la rescision du partage en général. (Voy. nos 1639 et suiv.)

Mais par quelle action le partage peut il être attaqué dans l'hypothèse prévue par l'article 1079, § 2? Est-ce par l'action en *réduction* ou par l'action en rescision? La loi ne le dit pas. Il y a controverse.

C'est par l'*action en rescision* que le partage doit être attaqué. Car, si le législateur avait eu en vue l'action en réduction, le second alinéa de l'article 1079 eût été inutile, puisque la réduc-

tion porte sur les avantages indirects comme sur les avantages directs (nos 1796 et 1809). De plus, le texte de la loi est formel : c'est le *partage* qui peut être attaqué; or, un partage n'est jamais attaqué par l'action en *réduction*, mais par l'action en *nullité* ou en *rescision*. Les discussions qui ont eu lieu au conseil d'État prouvent que c'est le *partage* que la loi a entendu déclarer rescindable. « La loi serait journellement éludée si le père de famille, après avoir directement donné un quart de son bien par préciput à l'un de ses enfants, pouvait encore indirectement l'avantager par un partage qui ne serait attaquable que dans le cas d'une lésion de plus du quart. Pour éviter cet inconvénient, il faudrait, en admettant le partage, décider qu'il pourrait être *rescindé pour la plus petite lésion* », disait Berlier dans la séance du 27 ventôse an XI, n° 30 (Locré, 268). L'article 887 admet donc l'action en rescision des partages d'ascendant pour cause de lésion dans *deux* cas : 1° en vertu de l'article 887, pour lésion de *plus du quart;* 2° pour *toute lésion quelconque,* lorsqu'elle est combinée avec une libéralité préciputaire. Dans les deux cas, la cause, le caractère et l'objet de l'action sont les mêmes. Cette opinion est conforme aux principes. Car, si la libéralité donnée par préciput n'excède pas la quotité disponible, elle n'est pas réductible; l'action en réduction n'aurait aucun fondement. C'est le partage qui a rendu toute la disposition illégale; c'est donc le partage qu'il faut attaquer. (Zachariæ, § 734; Demolombe, n° 189 *bis*. En sens contraire, Aubry et Rau sur Zachariæ, § 734, note 27.) La jurisprudence penche plutôt vers le système de la réduction.

2269. La question qui précède est importante à cause des conséquences qui découlent de l'une ou de l'autre des deux solutions. Les conséquences de celle que nous avons adoptée sont : 1° l'action se prescrit par dix ans à partir du décès du testateur si le partage a été fait par donation entre-vifs (Bordeaux, 17 déc. 1875, D., 1877, 2, 211); elle durerait trente ans si c'était une action en réduction; 2° les défendeurs à l'action en rescision peuvent opposer l'article 891 (*suprà*, n° 2266); 3° l'action a pour objet de faire rescinder le partage, et pas seulement de faire obtenir au demandeur le complément de la réserve. (Cass. fr., 22 août 1877, D., 1877, 1, 481.) Après la rescision, il y a lieu à un nouveau partage sur le pied de l'égalité parfaite, sauf à attri-

buer à l'enfant avantagé ce qui lui a été donné ou légué par préciput, mais seulement jusqu'à concurrence de la disposition préciputaire; 4° l'action en rescision doit être intentée contre tous les enfants, et pas seulement contre l'enfant avantagé.

2270. La loi présume que le partage fait par l'ascendant est juste. C'est pour ce motif que « l'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article 1079, attaquera le partage fait par l'ascendant devra faire l'avance des frais de l'estimation ; et qu'il les supportera en définitive, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée (art. 1080). » Cette disposition déroge à l'article 131 du code de procédure, qui permet, dans tous les cas, au juge de compenser les dépens entre frères. Si la réclamation du demandeur est fondée, le juge peut compenser les dépens.

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX, ET AUX ENFANTS A NAITRE DU MARIAGE. (ART. 1081-1090.)

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

2271. La loi favorise les mariages, et, conformément à l'ancien droit, elle facilite les libéralités qui se font en faveur du mariage, en les soumettant à des règles moins rigoureuses que les donations ordinaires. « Toute loi dans laquelle on ne chercherait pas à encourager les mariages serait contraire à la politique et à l'humanité... Non-seulement les contrats de mariage participent de la nature des actes entre-vifs et des testaments, mais encore on doit les considérer comme des traités entre deux familles, traités pour lesquels on doit jouir de la plus grande liberté », dit l'Exposé des motifs, n° 81, d'accord avec le rapport au Tribunat, n° 82, et le discours de Favard, n° 25 (Locré, 417, 483 et 509).

2272. Les donations en faveur de mariage peuvent être faites *par un contrat de mariage*, ou par un *acte séparé*.

Une donation, quoique faite *en faveur* du mariage, reste sou-

mise aux règles ordinaires des donations si elle n'a pas été faite dans un contrat de mariage, sauf qu'elle n'est pas révocable pour cause d'ingratitude (art. 959, et *suprà*, nos 1927, 1928).

Les dispositions exceptionnelles ne s'appliquent qu'aux donations faites soit par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux, soit par les époux l'un à l'autre. Si donc le contrat de mariage renfermait au profit *d'un tiers* une libéralité faite soit directement, soit sous la forme d'une charge imposée aux époux ou à l'un d'eux, cette disposition serait régie par le droit commun, c'est-à-dire par les règles ordinaires sur les donations. (Rapp. de Jaubert au Tribunat, n° 84, Locré, t. XI, p. 484.)

2273. Les règles exceptionnelles qui régissent les donations faites par contrat de mariage concernent :

1° La capacité des *personnes* qui peuvent *donner* ou *recevoir*. Ainsi, contrairement à l'article 903, le *mineur* peut donner par contrat de mariage tout ce qu'un majeur peut donner, sous les conditions prescrites par les articles 1095, 1309 et 1398 (voy. *suprà*, n° 1728) ; et, contrairement à l'article 906 (*suprà*, n° 1732), la donation par contrat de mariage peut être faite en faveur de l'enfant qui n'est *pas encore conçu* (art. 1082).

2° Les *biens* qui peuvent être donnés. On peut donner des *biens à venir*, contrairement à la règle de l'article 943. (*Suprà*, n° 1844.)

3° La *forme*. Elles ne doivent pas être *expressément acceptées* et ne peuvent être attaquées sous prétexte de défaut d'acceptation (art. 932, 1087, et *suprà*, nos 1871-1873). Naturellement, le contrat de mariage étant une convention comme toute autre, exige le concours de deux volontés, par conséquent, l'acceptation ; mais l'acceptation ne doit pas être *solennelle* ou *expresse*. Le motif, c'est que les deux conjoints, en signant le contrat et en célébrant le mariage, manifestent suffisamment leur volonté d'accepter les clauses du contrat. (Ord. de 1731, art. 10, 13.) Les donations par contrat de mariage ne sont pas frappées de la défaveur qui a provoqué l'acceptation solennelle. D'ailleurs cette acceptation serait de peu d'intérêt pour les donations des biens à venir, puisqu'elle n'empêche pas le donataire de la répudier.

4° Les *conditions et modalités*. Ces donations peuvent être faites sous des conditions *potestatives* de la part du donateur. La règle

Donner et retenir ne vaut ne leur est pas applicable. (Voy. *suprà*, n° 1843.)

5° La *révocation*. Elles ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude (art. 959, et *suprà*, n°s 1927, 1928).

2274. La règle de l'article 1088 portant que « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas » n'a rien de particulier; c'est une application du principe général que les donations faites sous une condition suspensive expresse ou tacite sont sans effet si la condition ne s'accomplit pas.

2275. Les donations faites par contrat de mariage restent soumises aux principes généraux en ce qui concerne la révocabilité pour inexécution des charges ou pour cause de survenance d'enfants (art. 950, 960), la réduction, le rapport, la capacité des parties, sauf ce qui a été dit au numéro précédent, 1°.

2276. La loi connaît quatre espèces de donations qui peuvent être faites par contrat de mariage :

1° La donation de biens présents (art. 1081);

2° Celle de biens à venir, ou l'institution contractuelle (art. 1082, 1083);

3° La donation *cumulative* de biens présents et à venir (art. 1084, 1085);

4° La donation faite sous une condition potestative de la part du donateur (art. 1086).

I. DE LA DONATION DE BIENS PRÉSENTS (art. 1081).

2277. L'article 1081 porte : « Toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre. — Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI du présent titre. (Voy. *suprà*, n°s 2186 et suiv.)

Une donation de biens présents peut être faite par acte *séparé* ou dans le *contrat de mariage*. Dans le premier cas, elle n'est censée faite en faveur du mariage que si le donateur l'a déclaré, et elle doit être *acceptée* comme une donation ordinaire. Mais elle n'est pas révocable pour cause d'ingratitude. C'est le seul carac-

tère par lequel elle se distingue des donations ordinaires de biens présents.

Si elle a été faite par contrat de mariage, elle est toujours présumée faite en faveur du mariage, et cette présomption exclut la preuve contraire.

Pourquoi l'alinéa 2 de l'article 1081 dit-il que cette donation ne peut avoir lieu au profit *des enfants à naître?* Ces mots ne sont-ils pas inutiles en présence du premier alinéa? Oui; mais la loi les a ajoutés pour écarter un doute. L'ancien droit, en effet, avait poussé la faveur des donations par contrat de mariage jusqu'à permettre les donations de biens présents au profit des enfants à naître. (Ordonnance de 1731, art. 10; Demolombe, n° 267.)

2278. La donation entre-vifs de biens présents, *même faite par contrat de mariage*, est soumise aux règles générales sur les donations, sauf l'acceptation solennelle et la révocabilité pour cause d'ingratitude (art. 1081, alin. 1er, 1087, 959).

De plus, une semblable donation peut être faite sous une condition *potestative* de la part du donateur, sans être *nulle* (art. 947, et *suprà*, n° 1847). Toutefois, dans ce cas, elle perd son caractère de donation de biens présents; elle ne sera plus régie par l'article 1081, mais par les articles 1086 et 1089, c'est-à-dire elle sera caduque si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. Si la donation n'a pas été faite sous une condition potestative de la part du donateur, elle est une véritable donation de biens présents régie par l'article 1081, et, même en cas du prédécès du donataire au donateur, les biens donnés seront transmis aux héritiers du donataire quels qu'ils soient.

2279. Il résulte du deuxième alinéa de l'article 1081 que la donation de biens présents ne peut pas être faite aux enfants à naître du mariage, sauf la substitution fidéicommissaire, conformément aux conditions et dans les limites prescrites par les articles 1048 et suiv. (*Suprà*, nos 2186 et suiv.)

Les articles 948 et 939, sur l'état estimatif des meubles et la transcription, s'appliquent aussi à ces donations. (*Suprà*, nos 1852-1856, 1893-1901.)

II. DE LA DONATION DES BIENS A VENIR, OU DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE (art. 1082, 1083).

A. *Notions historiques.*

2280. L'origine de l'institution contractuelle, qui renferme une convention sur une succession future, remonte, suivant quelques auteurs, à l'ancien droit germanique, et le germe s'en trouve déjà dans les lois barbares. Les pactes sur les successions futures étaient en usage surtout depuis l'époque de la féodalité, et particulièrement depuis le XIIIe siècle. Ils furent d'abord employés par les nobles, plus tard aussi par les roturiers. Dans les premiers temps, ils pouvaient être faits dans la forme ordinaire des conventions; plus tard, par l'influence du droit romain, qui prohibe en principe les conventions sur les successions futures, ils furent restreints aux contrats de mariage. Cette institution fut développée dans plusieurs coutumes, principalement dans celles du Bourbonnais, de la Marche et d'Auvergne.

L'institution contractuelle déroge aux règles des articles 791 et 1130, et à l'adage *Donner et retenir ne vaut.*

B. *Des biens que cette donation peut avoir pour objet.*

2281. Elle peut avoir pour objet l'universalité, ou une quote-part de l'universalité de la succession du donateur, par exemple la moitié, un tiers ou tous les meubles, ou tous les immeubles, ou la moitié ou un tiers des meubles ou des immeubles (voy. arg. art. 1003, 1010); ou bien elle peut être faite à titre particulier, et avoir pour objet une somme ou des effets individuellement déterminés, qui se trouveront dans le patrimoine du donateur à son décès. Il y a controverse en ce qui concerne les effets individuellement déterminés, mais à tort. La loi n'exclut pas ces donations, bien qu'il soit vrai de dire qu'elle a plus particulièrement en vue les donations à titre universel.

C. *Du caractère juridique de ces donations.*

2282. Ces donations sont appelées *institutions contractuelles*, parce qu'elles participent à la fois de la nature des donations

entre-vifs et de celle de l'institution d'héritier. C'est une *institution d'héritier* par *contrat*. Elle participe de la donation entre-vifs, en ce que *l'institution même est irrévocable;* du legs ou de l'institution d'héritier, en ce que le donataire *ne recueille que ce qui se trouvera dans le patrimoine du donateur à son décès;* ou, comme le dit Jaubert dans son rapport au Tribunat, n° 83 : « Il faut distinguer le *titre* de *l'émolument*. Le titre est irrévocable; l'auteur de la disposition ne pourra plus disposer à *titre gratuit*, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Mais quant à l'émolument, il ne pourra être véritablement connu qu'au décès, puisque jusqu'alors l'auteur de la disposition a le droit d'aliéner à titre onéreux. » (Locré, 484.)

Du caractère d'institution d'héritier il résulte que la donation est caduque si le donataire ou ses enfants ne survivent pas au donateur.

D. *Des personnes qui peuvent faire une institution contractuelle.*

2283. Pour faire une semblable institution, il ne suffit pas d'être capable de *tester*, il faut aussi être capable de faire une donation entre-vifs, parce qu'elle est *irrévocable*. Donc, la femme mariée ne peut la faire qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice, et le mineur, même âgé de plus de seize ans, ne peut pas la faire, excepté dans le cas où la libéralité est destinée à son conjoint (art. 1095).

L'instituant doit avoir la capacité de disposer au moment où le contrat de mariage est passé.

E. *Des personnes au profit desquelles elle peut avoir lieu.*

2284. Elle ne peut avoir lieu qu'au profit : 1° des futurs époux; 2° des enfants ou descendants à naître de *leur mariage*, parmi lesquels il faut comprendre aussi les enfants déjà nés, qui seraient légitimés par le mariage en vue duquel l'institution est faite. Les enfants que l'un des époux avait déjà d'un mariage précédent, ni ceux qu'il pourrait avoir d'un mariage subséquent ne peuvent pas être institués, pas plus que les frères et sœurs des

futurs époux ou de l'un d'eux. Ainsi la *clause d'association*, usitée autrefois dans plusieurs pays, et par laquelle, en instituant contractuellement un des futurs époux, on lui imposait la charge de faire participer telle ou telle personne, par exemple ses frères ou sœurs, au bénéfice de cette institution, ne peut plus être valablement stipulée aujourd'hui. Ce serait un moyen d'éluder la disposition de la loi.

La part pour laquelle l'un des époux aurait été chargé de faire participer des étrangers serait censée n'être pas sortie du patrimoine du donateur, et reviendrait par conséquent à ses héritiers *ab intestat*.

2285. L'institution peut être faite au profit des deux époux ou de l'un d'eux seulement, et au profit de leurs enfants et descendants à naître, lesquels se trouvent alors *vulgairement substitués* à leurs père ou mère, c'est-à-dire appelés à recueillir le bénéfice de l'institution à défaut de ceux-ci. Cette substitution a même lieu de *plein droit*, sans être exprimée, par une présomption légale (art. 1082). Ce n'est pas une substitution *fidéicommissaire*, comme on le disait sous l'ancien droit. L'époux qui a recueilli les biens sur lesquels il a été institué en a la libre disposition.

Les descendants viennent par représentation.

L'institution peut aussi, par une déclaration expresse de la volonté de l'instituant, être restreinte aux *époux seuls*. Mais elle ne peut pas avoir lieu au profit des *enfants seuls*, sans que leur père ou mère soient appelés. Si les époux, ou l'un d'eux, n'étaient pas institués, la libéralité serait régie par l'article 906, d'après lequel il faut être conçu au moment de la donation pour être capable de recevoir entre-vifs. L'article 1082 ne fait exception à cette règle qu'autant que les époux eux-mêmes sont institués. (Laurent, t. XV, n° 201.)

La substitution ne peut pas avoir lieu au profit d'un ou de quelques enfants seulement des époux institués ; les enfants ne peuvent pas non plus y être appelés pour des parts inégales ; en d'autres termes, la substitution *expresse* ne peut pas avoir d'autres effets que la substitution légale et présumée. Si le donateur n'avait substitué que quelques-uns des enfants, ou tous les enfants, mais sur des parts inégales, l'institution serait valable, mais la substitution serait nulle, et alors la règle de la loi, qui

présume que *tous* les enfants sont appelés, a son cours. *Fecit quod non potuit; non fecit quod potuit.*

F. *Des effets de l'institution contractuelle.*

2286. I. L'instituant continue d'être propriétaire des biens qu'il possède et de ceux qu'il peut acquérir encore, et il peut faire à l'égard de ces biens tous les actes de disposition et d'aliénation *à titre onéreux*. Il peut aussi contracter de nouvelles dettes, mais seulement à titre onéreux. Il n'est pas actuellement dépouillé de ses biens, et il en conserve la jouissance; mais il ne peut plus en disposer *à titre gratuit ni entre-vifs ni par acte de dernière volonté*, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement (art. 1083). Les mots *ou autrement* laissent au juge un certain pouvoir d'appréciation de réduire les libéralités si elles sont excessives. L'instituant ne pourrait, par exemple, pas disposer gratuitement à titre universel (arg. art. 1422). Mais le donateur peut encore faire le partage d'ascendant entre ses enfants qu'il a institués contractuellement. (Dijon, 13 juillet 1870, D., 1872, 2, 94; Cass. fr., 7 avril 1873, D., 1873, 1, 421.)

2287. II. L'institué n'est propriétaire des biens qu'à partir du moment du décès de l'instituant; et la transmission n'a pas d'effet rétroactif. A partir de ce moment, il peut en disposer librement, sans être tenu de substituer ses enfants. Si l'institué n'accepte pas la donation, ses enfants ne peuvent pas l'accepter non plus; car, aux termes de l'article 1082, la substitution n'a lieu que dans le cas *où le donateur survivrait au donataire*. La transmission n'ayant pas d'effet rétroactif, il s'ensuit que l'institué ne peut pas disposer des biens donnés avant le décès de l'instituant, et que ses créanciers ne peuvent pas les saisir avant cette époque. (Paris, 9 fév. 1875, D., 1875, 2, 155.) L'institué ne peut pas avant ce moment attaquer les dispositions à titre gratuit faites par l'instituant.

2288. III. L'institué peut accepter l'institution contractuelle ou la répudier, mais seulement après le décès de l'instituant. S'il l'accepte, il est tenu des dettes de l'instituant de la même manière et aux mêmes conditions que le légataire universel, à titre universel, ou à titre particulier, selon que l'institution contractuelle

est universelle, à titre universel, ou à titre particulier. (Voy. *suprà*, nos 2281 et 1579-1582, 1600-1606.) Il y a controverse en ce qui concerne la *saisine*. D'après une opinion, l'institué est, en cas de survie, de plein droit saisi des choses qui font l'objet de l'institution contractuelle, en vertu de la donation, et les règles du code relatives à la saisine des héritiers et à la demande en délivrance des legs ne sont pas applicables à ces institutions. (Cass. B., 23 juill. 1858, P., 1858, 241; Brux., 24 avril 1876, P., 1878, 363.) M. Demolombe, t. XXIII, 334, résout cette question par des distinctions, en accordant la saisine aux donataires *universels*, s'il n'y a pas de réservataires, mais non aux autres. Nous croyons cette opinion fondée, d'abord à cause de l'article 724 du code civil; puis parce que le droit de l'institué, tout en étant fondé sur un titre entre-vifs et irrévocable, est un droit de succession, et il existe entre ce droit et celui des légataires la plus grande analogie. M. Laurent se prononce contre la saisine dans tous les cas (t. XV, n° 237).

2289. La position de l'*institué* contractuellement a quelque analogie avec celle de l'héritier réservataire. Ils n'ont aucun droit *actuel* ni l'un ni l'autre. Leur droit ne s'ouvre qu'au décès du *de cujus* et sous la condition de *survie*. Ils doivent respecter les aliénations à titre onéreux. Ils peuvent attaquer celles à titre *gratuit*.

2290. Les principales *différences entre l'institution contractuelle et l'institution testamentaire* sont :

1° L'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit; le testateur le peut.

2° Le droit de succéder de l'institué est irrévocable; le droit de l'héritier institué est révocable.

3° Le mineur âgé de seize ans et la femme mariée non autorisée sont incapables de faire une institution contractuelle; le mineur âgé de seize ans peut disposer par testament jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont le majeur peut disposer, et la femme mariée est capable de tester.

4° Dans l'institution contractuelle, la substitution vulgaire des enfants de l'institué est légalement présumée; dans l'institution testamentaire, elle n'existe que si elle est formellement exprimée.

2291. Différences entre la substitution *vulgaire* et la substitution *fidéicommissaire*;

1° La première est défaillie par la survie du donataire au donateur; la deuxième ne l'est pas.

2° La substitution fidéicommissaire devient caduque si le donataire meurt avant le donateur, et les substitués recueillent directement les biens grevés. Si le donataire survit au donateur, il les recueille avec la charge de les conserver et rendre.

III. DE LA DONATION CUMULATIVE DES BIENS PRÉSENTS ET A VENIR (art. 1084-1085).

A. *Notion et motifs de cette donation.*

2292. Un seul contrat peut renfermer deux donations *distinctes*, dont l'une a pour objet des biens *présents* du donateur, l'autre des *biens à venir*. La réunion de ces *deux* donations ou dispositions dans un seul acte ne fait pas perdre à chacune d'elles son caractère propre, et chacune d'elles est régie par les règles qui lui sont particulières (n°s 2277-2288).

Mais lorsqu'un contrat de mariage contient *une seule et même disposition* portant *cumulativement* sur des biens présents et à venir du donateur, cette disposition n'est pas une simple *réunion de deux donations distinctes*, mais une donation *unique* d'une nature *particulière* (*sui generis*) régie par les articles 1084 et 1085.

La question de savoir si ce sont deux donations distinctes ou si c'est une seule donation cumulative est *de fait* et d'appréciation des tribunaux.

2293. La loi veut faciliter les donations en faveur du mariage. Peu de personnes aiment à se dépouiller actuellement; voilà la difficulté des donations de biens présents. D'un autre côté, les donations de biens à venir encouragent moins puissamment les mariages que les donations de biens présents, à cause de l'incertitude de l'émolument (n° 2282). La donation cumulative de biens présents et à venir, connue déjà dans l'ancien droit et dans l'ordonnance de 1731 (art. 17), pare à ces deux inconvénients: elle fait acquérir au donataire la *certitude* des biens présents, sans lui faire perdre l'espérance des biens à venir. Si, au décès du donateur, le donataire ne trouve pas d'avantage à prendre tous les biens de la succession du donateur, en payant aussi ses dettes, il peut s'en tenir aux biens présents (art. 1084).

B. *Caractère juridique de cette donation.*

2294. C'est une donation *sui generis*. Ce n'est ni une donation complète de biens présents ni une donation de biens à venir seulement. C'est toujours une donation de la *succession*, et partant, une variété de l'*institution contractuelle*, dont elle ne diffère que par le *droit d'option* que l'article 1084 attribue au donataire. Le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit ni des biens présents ni des biens à venir. (Cass. fr., 21 janv. 1874, D., 1874, 1, 311). De ce caractère de la donation résultent plusieurs conséquences :

1° Elle ne peut avoir lieu que par contrat de mariage et au profit des époux et de leurs descendants à naître.

2° Les enfants sont de droit vulgairement substitués aux époux, bien que les articles 1084 et 1085 ne fassent pas mention expresse de cette substitution. Elle résulte clairement de l'article 1089 portant que « les donations faites à l'un des époux, dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086, deviennent caduques si le donateur survit à l'époux donataire *et à sa postérité*.

3° Cette donation est essentiellement conditionnelle et devient caduque, *même pour les biens présents*, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité (art. 1089).

4° Le donataire n'est saisi de la propriété des biens donnés, *même des biens présents*, qu'au moment du décès du donateur, lequel en conserve la jouissance et la disposition sa vie durant, sous la réserve du droit du donataire, quand il aura exercé son option.

C. *Du droit d'option du donataire et des conditions requises pour l'exercice de ce droit.*

2295. Le donataire a l'option, *lors du décès du donateur*, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur. Ce droit ne peut être exercé qu'à la mort du donateur, parce que c'est un droit de *succession*.

2296. La condition requise pour que le donataire puisse

scinder la disposition faite à son profit, c'est qu'il soit annexé à l'acte de donation un *état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation* (art. 1084).

L'ancien droit ne prescrivait pas cet état. Le code le prescrit parce qu'autrefois « des procès sans nombre, et qu'un long intervalle de temps rendait le plus souvent inextricables, s'élevaient sur la fixation de l'état de la fortune à cette époque ; et que c'était aussi un moyen de fraude envers des créanciers dont les titres n'avaient pas une date certaine ». (Exposé des motifs, nº 84, Locré, 418.)

Cet état ne peut pas être remplacé par une déclaration indiquant le montant total des dettes.

L'inexactitude ou l'absence de cet état n'entraîne pas la *nullité* de la donation, mais elles ont pour effet d'en faire simplement une donation de biens à venir ou une institution contractuelle ordinaire (art. 1085).

Si la donation cumulative comprend des meubles, il faut aussi qu'elle soit accompagnée d'un état estimatif conforme à l'article 948. A défaut de cet état, la donation n'est valable que pour les immeubles. Aucune disposition n'a dérogé à l'article 948. (Voy. *suprà*, nᵒˢ 1852-1855.)

D. *Effets de cette donation.*

2297. Il faut distinguer :

1° Dans le cas où l'état prescrit par l'article 1084 n'a pas été annexé, comme dans le cas où le donataire accepte la donation pour le tout, c'est une institution contractuelle ordinaire et elle en produit tous les effets. Donc, le donataire doit respecter toutes les aliénations faites à titre onéreux, même celles des biens présents et il doit payer toutes les dettes du donateur, antérieures ou postérieures à la donation (art. 1085). Mais il peut aussi réclamer tous les meubles qui se trouvent dans la succession du donateur, quand même il n'y aurait pas eu d'état estimatif conforme à l'article 948.

2° Le donataire s'en tient à la donation des biens présents.

Il ne doit respecter aucune aliénation ni à titre onéreux ni à titre gratuit des biens compris dans la donation des biens pré-

sents; mais il a dû faire la transcription de la donation des immeubles, conformément à l'article 939, pour être recevable à les attaquer contre les tiers.

Le donataire ne doit payer que les dettes *antérieures* à la donation constatées dans l'état qui y est annexé. Si, de son vivant, le donateur avait payé quelques-unes de ces dettes, il faudrait en tenir compte à sa succession.

Les enfants du donataire peuvent aussi user de la faculté de s'en tenir aux biens présents, même sans accepter sa succession, parce qu'ils tiennent leur droit non du donataire, mais du donateur.

IV. DES DONATIONS FAITES SOUS UNE CONDITION POTESTATIVE DE LA PART DU DONATEUR (art. 1086.)

2298. La règle *Donner et retenir ne vaut* ne s'applique pas aux donations par contrat de mariage (art. 947). Mais l'article 1174 ne cesse pas d'être applicable. Ainsi, est valable la donation faite sous une condition dont l'*exécution* dépend de la volonté du donateur; mais une donation faite sous la condition : *si je veux* (*si voluero*) serait *nulle*. L'article 1086 déroge à l'article 944, mais non à l'article 1174.

2299. L'article 1086 porte : « La donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage pourra encore être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la donation soit faite : le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation; et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers. »

Dans ces deux cas, le donataire est libre de répudier la donation si elle lui paraît trop onéreuse.

Cet article, emprunté à l'article 18 de l'ordonnance de 1731, prévoit trois hypothèses distinctes :

La première — donation sous condition de payer *toutes* les dettes de la succession du donateur, même les dettes futures — déroge à l'article 945 (*suprà*, n° 1845) ;

La deuxième — donation sous une condition potestative de la part du donateur — déroge à l'article 944 (*suprà*, n° 1843) ;

La troisième — donation avec réserve de disposer d'un effet compris dans la donation — déroge à l'article 946 (*suprà*, n° 1846).

2300. Il y a doute sur le sens du mot *héritiers*, à la fin de l'article 1086. Si le donateur s'est réservé le droit de disposer d'un effet compris dans la donation de ses *biens présents*, la donation, en ce qui concerne les *autres effets*, est irrévocable et ne devient pas même caduque par le prédécès du donataire ou de ses enfants ; les biens donnés seront transmis aux héritiers du donataire quels qu'ils soient.

En est-il de même de l'effet dont la disposition a été réservée si le donateur n'en dispose pas ? Le texte de la fin de l'article 1086, en se servant du mot général *héritiers*, est favorable à la réponse affirmative. Mais comment concilier cette solution avec l'article 1089, qui déclare indistinctement caduques toutes les donations faites à l'un des époux dans les termes de l'article 1086 si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité ? La caducité comprend donc aussi la donation en ce qui concerne l'effet dont le donateur s'est réservé de disposer, et dont il n'a pas disposé : et, dès lors, cet effet ne peut pas appartenir aux *héritiers* du donataire indistinctement, si ce dernier meurt sans postérité avant le donateur. Beaucoup de jurisconsultes entendent, avec raison, le mot *héritiers* dans le sens de *postérité*. (Troplong, n° 2485 ; Demolombe, n°s 385, 386.)

Il ne faut pas confondre avec la troisième hypothèse de l'article 1086 — celle où le donateur s'est réservé le droit de disposer de certains effets — le cas où le donateur *a exclu* certains biens de la donation. Les biens exclus restent purement et simplement au donateur ou à ses héritiers, s'il n'en dispose pas.

2301. Les donations mentionnées dans l'article 1086, à l'exception de celle de biens présents, ont le caractère de biens à

venir et tiennent de la nature des institutions contractuelles. Elles ne peuvent donc être faites que par contrat de mariage, au profit des époux et des enfants à naître, qui leur sont substitués vulgairement, et elles deviennent caduques dans le cas de l'article 1089.

V. DE LA CADUCITÉ DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE (art. 1089).

2302. « Un grand moyen d'encourager les donations par contrat de mariage était de déclarer qu'à l'exception de celles de biens présents, elles deviendraient caduques, si le donateur survit au donataire décédé sans postérité », dit Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs, n° 86. (Locré, 418.)

Le mot *postérité* doit être expliqué par l'article 1082; c'est la *postérité issue du mariage en faveur duquel la donation a eu lieu.* Ainsi, la donation n'en serait pas moins caduque si l'époux donataire décédait avant le donateur, mais en laissant des enfants d'un autre lit.

Nonobstant les termes de l'article 1089, *si le donateur survit,* il ne faut pas admettre que la donation n'est caduque qu'autant *qu'on prouve* la survie du donateur. Le donataire est l'héritier *institué.* Il ne peut recueillir un droit que s'il a *survécu* au donateur. Si donc les héritiers du donataire veulent faire valoir ce droit, ils doivent, conformément aux principes généraux, prouver que leur auteur a survécu au donateur (arg. des art. 1039, 135 et 136, et *suprà,* nos 250-253).

VI. DE LA RÉDUCTION DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE.

2303. « Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer » (art. 1090).

Ces donations étant irrévocables ne sont réductibles qu'après la réduction *des legs,* comme il a été dit *suprà* au n° 1817.

CHAPITRE IX.

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

2304. Les époux peuvent se faire des donations de deux manières, ou dans le contrat de mariage, ou pendant le mariage. Nous aurons à examiner : I, les règles générales sur les donations entre époux dans ces deux cas; II, spécialement les règles sur la quotité disponible entre époux.

I. RÈGLES GÉNÉRALES SUR LES DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

A. *Des donations faites par contrat de mariage.*

2305. Anciennement plusieurs coutumes soumettaient les donations entre futurs époux à des restrictions importantes en ce qui concerne les *propres*. En général, on pouvait disposer des propres par donation entre-vifs, mais non par testament. (*Suprà*, n° 1880.) Quelques coutumes permettaient aux époux de se donner par contrat de mariage seulement une portion des propres; d'après d'autres, ces donations étaient résolues par le décès, sans enfants, de l'époux donataire avant le donateur. La première restriction était exceptionnelle et admise dans peu de provinces, par exemple en Bretagne (Cout., art. 207) et en Touraine (Cout., art. 236); la deuxième était généralement suivie dans les pays coutumiers. Plusieurs anciens jurisconsultes, par exemple Furgole, enseignaient que toute donation entre futurs époux, même de biens présents, était de plein droit soumise à la condition de survie, par la raison que dans ces sortes de donations on considère uniquement la personne du donataire. (Demolombe, nos 408 et 412.)

2306. Aujourd'hui les époux peuvent, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telles donations qu'ils jugent à propos (art. 1091, 1387); elles sont toujours

faites sous la condition tacite que le mariage s'ensuive (article 1088).

Ces libéralités, consenties à l'époque où les deux parties se trouvaient dans une position de liberté et d'indépendance, sont soumises aux mêmes règles générales que les donations faites par des tiers. Elles sont irrévocables.

Les époux peuvent donc se faire, par contrat de mariage, les quatre donations qui ont été expliquées aux nos 2277 à 2301, c'est-à-dire une donation de biens présents, ou de biens à venir, ou cumulative de biens présents et à venir, ou une donation sous une condition potestative de la part du donateur. Ces donations ne peuvent être déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation (art. 1087).

2307. L'article 1092 porte : « Toute donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée ; et elle sera soumise à toutes les règles et formes prescrites pour ces sortes de donations. » (Voy. aussi art. 1081, et *suprà*, no 2277.) Cette disposition, à la rigueur inutile, a été insérée dans le code afin d'abolir explicitement l'ancien droit, qui admettait la condition tacite de survie du donataire, même dans les donations de biens présents (*suprà*, no 2305).

2308. La donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, est soumise aux règles établies par le chapitre VIII (*suprà*, nos 2280-2297) à l'égard des donations pareilles qui leur sont faites par un tiers, sauf une différence : elles ne sont point transmissibles aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur (art. 1093). Dans ce cas, la donation devient caduque, et les biens donnés retournent à l'époux donateur. Voici le motif allégué pour cette dérogation à l'article 1082 : L'intérêt des enfants n'exigeait pas la substitution vulgaire à leur profit. Si la donation avait été faite par un étranger et qu'elle fût devenue caduque par le prédécès de l'époux donataire, ses enfants eussent été privés du bénéfice de la donation. Il n'en est pas ainsi lorsque c'est l'autre conjoint qui est le donateur. Les enfants issus du mariage retrouveront

ordinairement les biens donnés dans la succession de l'époux donateur.

Mais ce motif est mal fondé. Car l'époux donateur peut se remarier et avoir des enfants du second lit, avec lesquels les enfants du premier lit devront partager les biens donnés; il peut les dissiper, de sorte que les enfants qui n'ont pas été substitués ne les retrouveront plus du tout.

Avec plus de raison on pourrait dire : la substitution vulgaire dans l'article 1082 est exceptionnellement une présomption de la loi; mais la loi ne peut pas raisonnablement présumer que l'époux donateur ait voulu, de son vivant, se dépouiller au profit de ses enfants. Tant que son conjoint vivait, les revenus des biens donnés tournaient au profit des deux époux; après le décès de l'époux donataire, les enfants seuls en profiteraient. On peut ajouter cette autre considération que si la substitution vulgaire avait lieu, les enfants à naître seraient d'avance pourvus d'une quantité de biens au grand détriment de l'autorité paternelle désarmée du pouvoir de récompenser et de punir. La règle de l'article 1093 est donc un retour au droit commun. Le droit de l'époux donataire est un droit de succession, qui devient caduc par le prédécès du successible.

2309. Mais les époux pourraient-ils expressément stipuler dans leur contrat de mariage que les enfants à naître seraient substitués au donataire des biens à venir? La question est controversée. Contre la faculté de stipuler la substitution, on dit qu'elle est exceptionnelle au droit commun établi par l'article 906, et que les exceptions ne peuvent être étendues. En outre, on se fonde sur le texte de la loi : *ne sera point transmissible*, mots équivalents à : *ne peut dans aucun cas être transmise*. Mais le texte de la loi est douteux, et les termes dont elle se sert peuvent très-bien s'entendre ainsi : n'est point transmissible en vertu de la donation même, telle qu'elle est faite. Quant à l'argument tiré du principe de l'article 906, on peut y opposer qu'*en règle*, les donations de biens à venir faites par contrat de mariage peuvent se faire au profit des enfants à naître; et que la stipulation de la substitution est un retour à la règle de l'article 1082. (Aubry et Rau sur Zachariæ, §§ 741, 742, note 4. En sens contraire : Troplong, n° 2539; Demolombe, n° 417.)

2310. En règle, le mineur ne peut disposer par donation entre-vifs (art. 903, 904). Mais par *contrat de mariage* il peut donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et avec ce consentement il peut donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint (art. 1095; *suprà*, nos 725, 1728).

2311. Les donations faites entre époux ne sont point révocables pour survenance d'enfants (*suprà*, n° 1944); mais elles sont révocables pour cause d'ingratitude. (*Suprà*, nos 1928, 1929.)

B. *Des donations faites pendant le mariage.*

1. INTRODUCTION HISTORIQUE.

2312. 1. Droit romain. — La crainte que l'affection ne portât trop facilement les époux à se dépouiller l'un au profit de l'autre; que les donations qu'ils pouvaient se faire ne fussent pas l'œuvre d'une volonté libre et réfléchie, et enfin que l'un des époux n'abusât de la tendresse conjugale pour s'enrichir aux dépens de l'autre, avait fait d'abord déclarer *nulles* toutes les donations entre époux faites *pendant le mariage*. La défense de ces donations est très-ancienne et il paraît qu'elle a été introduite plutôt par les mœurs que par une loi formelle. *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate,* dit Ulpien aux fr. 1 et fr. 3 D. *De donat. inter virum et uxorem,* 24, 1. La nullité était *absolue;* l'exécution de la libéralité ne pouvait pas être exigée; si elle avait été exécutée, le contrat était censé non avenu, et le donateur pouvait revendiquer les choses données. Si elles n'existaient plus, il pouvait en répéter la valeur par une *condictio sine causâ* (fr. 3, § 1, 10-12; fr. 5, § 1 et 18; fr. 6, fr. 16, fr. 31, § 3, D. *eodem*). Plus tard, par un sénatus-consulte rendu sur la proposition de l'empereur Caracalla, la donation entre époux fut déclarée valable avec effet rétroactif, si l'époux donateur était mort dans le mariage sans l'avoir révoquée (fr. 32, D., *eodem*).

La donation excédant la somme de 500 solides, qui n'avait pas été insinuée, était pareillement validée, mais sans effet rétroactif, si le donateur l'avait confirmée expressément dans son testament. (L. 25, C. *De don. inter vir. et ux.*, 5, 16.) La donation était nulle si l'époux donataire mourait avant le donateur. (Fr. 32, § 14, D. *eodem*, 24, 1. Maynz, § 317.)

Il avait toujours été permis aux époux de disposer l'un en faveur de l'autre, par testament ou par donation à cause de mort (fr. 9 et 10, D., *eodem*, 24, 1).

Dans les provinces du droit écrit on suivait en cette matière le droit romain, même après que l'article 3 de l'ordonnance de 1731 eut aboli le mode de disposer par donation à cause de mort. (*Suprà*, n° 1685, Pothier, *Tr. des donations entre mari et femme*, n° 6.)

2313. 2. Droit coutumier. — Il y avait beaucoup de variété entre les dispositions des coutumes sur les donations entre mari et femme. Pothier les divise en quatre principales classes :

1° Celles qui défendent toutes donations entre-vifs ou testamentaires et tous avantages directs ou indirects entre mari et femme pendant le mariage, sauf un don mutuel en certains cas et de certains biens (Paris, Orléans et le plus grand nombre des autres coutumes);

2° Celles qui défendent les donations entre-vifs (sauf le don mutuel), mais qui permettent aux époux les donations testamentaires (Chartres, Châteauneuf, Péronne, Mantes, Ponthieu, Dreux, Reims, Amiens);

3° Celles qui admettent les règles du droit romain (Touraine, Poitou);

4° Celles qui permettent aux époux de se faire donation entre-vifs simple, au moins en certains cas et sous certaines restrictions (Angoumois, Montfort, Noyon, Saint-Jean-d'Angely). (Pothier, *loc. cit.*, n°s 7-14.)

La raison de cette prohibition de la plupart des coutumes était le désir de conserver les biens dans les familles. Les conjoints qui n'avaient pas d'enfants auraient pu se donner tous leurs biens l'un à l'autre et faire passer ainsi des successions opulentes dans des familles étrangères.

La plupart des coutumes étendaient la défense même aux con

trats à titre onéreux qui n'étaient pas justifiés, entre les époux, par une cause nécessaire. (Demolombe, n° 436.)

2314. 3. Droit intermédiaire. — L'article 14 de la loi du 17 nivôse an II a aboli toutes les anciennes prohibitions des libéralités entre époux, en ces termes : « Les avantages légalement stipulés entre époux dont l'un est décédé avant le 14 juillet 1789 seront maintenus au profit du survivant. A l'égard de tous autres avantages échus et recueillis postérieurement, ou qui pourront avoir lieu à l'avenir, soit qu'ils résultent des dispositions matrimoniales, soit qu'ils proviennent d'institutions, dons entre-vifs ou legs faits par un mari à sa femme ou par une femme à son mari, ils obtiendront également leur effet, sauf néanmoins leur conversion ou réduction en usufruit de moitié dans le cas où il y aurait des enfants, conformément à l'article 13 ci-dessus. »

Le renvoi à l'article 13 concerne la réduction des dispositions entre époux dans le cas où il y avait des enfants; dans ce cas, le maximum de la quotité disponible entre époux admis par cette même loi, c'était la moitié des biens en usufruit.

L'innovation de la loi de nivôse était conséquente avec l'esprit de l'époque, qui ne se préoccupait plus de conserver les biens dans les familles. Tel était l'état de la législation lorsque le code civil fut discuté.

2. CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DE CES DONATIONS.

2315. Les donations que les époux se font pendant le mariage sont des *donations entre-vifs* faites sous une condition résolutoire dépendant de la volonté du donateur, et non des dispositions testamentaires ni des donations à cause de mort. Cela résulte de la combinaison des articles 893, 1096 et 1097, et du texte de ce dernier article. La révocabilité ne porte pas d'une manière absolue atteinte au caractère de la donation.

Il faut examiner les conditions de validité de ces donations en ce qui concerne 1° la capacité du donateur; 2° la forme ; 3° les biens qui peuvent être donnés.

2316. 1° Il résulte de la définition qui précède que, pour faire une semblable libéralité le donateur doit avoir la capacité requise pour faire une donation entre-vifs. (*Suprà*, n°s 1726-1731.)

Ainsi, par exemple, le mineur, même âgé de plus de seize ans, ne peut la faire, pas même avec l'assistance et le consentement de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage.

2317. 2° Toutes les règles prescrites sur les formes des donations entre-vifs ordinaires, telles que l'acte notarié, le mode d'acceptation, la transcription, l'état estimatif, sont applicables aux donations entre époux. (*Suprà*, nos 1848-1901.) La disposition exceptionnelle de l'article 1087 ne s'applique qu'aux donations faites par *contrat de mariage*. Toutefois, les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte (art. 1097). Les motifs sont les mêmes que ceux qui ont été exposés *suprà* au n° 1951. Rien ne s'oppose à ce qu'ils se fassent l'un à l'autre le même jour, par deux actes distincts passés devant le même notaire, des donations mutuelles. (Brux., 14 avril 1875, P., 1875, 311.)

2318. 3° Quant aux biens, il y a plusieurs différences entre ces libéralités et les donations entre-vifs ordinaires. Comme les donations faites pendant le mariage sont *révocables*, elles ne sont pas soumises aux dispositions qui ne sont que des conséquences du principe de l'irrévocabilité des donations ordinaires. C'est pourquoi l'article 947 porte que les articles 943-946 ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du titre des *Donations et testaments*. Or, les articles 1096 et 1097 se trouvent au chapitre IX. De là il résulte que ces donations peuvent avoir pour objet des biens à venir, ou cumulativement des biens présents et à venir, et qu'elles peuvent être faites sous des conditions potestatives de la part du donateur. Dans ces cas, elles tombent sous les règles exposées *suprà*, aux nos 2280-2301.

3. DES EFFETS DES DONATIONS FAITES PENDANT LE MARIAGE.

2319. Ces donations produisent tous les effets des donations entre-vifs ordinaires, sauf l'irrévocabilité. Donc, elles confèrent aux donataires un droit actuel sur la chose donnée. (Gand, 30 juill. 1874, P., 1875, 23; cass. B., 4 nov. 1875, P., 1876, 16.) Elles

sont toujours *révocables*. La révocation peut être faite par la femme sans y être autorisée par son mari ni par justice. Elles ne sont point révoquées par la survenance d'enfants (art. 1096, et *suprà*, n° 1944).

2320. La loi ne détermine pas les formes de la révocation. A cause de l'analogie qui existe entre les deux matières, il est rationnel d'appliquer ici les règles sur la révocation des legs (articles 1035-1038, *suprà*, n°s 2138-2154).

Ainsi, la révocation peut être faite *expressément* par un testament ou par un acte devant notaires, ou *tacitement* par une donation ou un testament contenant des dispositions incompatibles avec celles de la donation antérieure, ou par des actes ou faits du donateur indiquant d'une manière non équivoque son intention de la révoquer.

2321. La révocation a un effet rétroactif; elle entraîne la résolution de tous les droits réels que des tiers peuvent avoir acquis sur les biens donnés. Les tiers qui ont contracté avec l'époux donataire ne pouvaient ignorer le caractère révocable de son titre de propriété.

2322. On se demande si la donation entre époux devient caduque par le prédécès de l'époux donataire?

La donation de biens à venir et celle de biens présents et à venir devient caduque (arg. art. 1093, 1082, 1089) : c'est un droit de succession.

Le doute n'existe qu'à l'égard de la donation de biens présents, et la controverse est très-sérieuse. En droit romain, elle devenait caduque, parce qu'elle était considérée comme une donation à cause de mort (*suprà*, n° 2312). Elle ne peut plus être caduque pour ce motif (*suprà*, n° 2315). La loi ne déclare nulle part la caducité et elle ne résulte pas du caractère même de la donation; donc, nous ne pouvons l'admettre. D'ailleurs la question présente rarement un intérêt pratique, parce que l'époux donateur conserve toujours contre les *héritiers* du donataire la faculté de révocation qu'il avait contre le donataire lui-même. (Demolombe, n°s 469, 470; Laurent, t. XV, n° 330.)

II. DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX.

Règles générales.

2323. 1° La quotité disponible entre époux se calcule conformément aux principes généraux exposés aux n°s 1765-1769, 1796-1828; c'est donc au moment du décès du donateur ou testateur qu'il faut avoir égard pour en fixer le montant.

2° Elle est indépendante de l'époque où les libéralités ont été faites, et de l'acte par lequel elles ont été faites, que ce soit par contrat de mariage, pendant le mariage, par donation entre-vifs ou par testament.

3° Si l'époux ne laisse pas d'héritier réservataire, il peut donner à son conjoint tout ce qu'il peut donner à un étranger.

4° Si l'époux donateur laisse des héritiers à réserve, il faut distinguer trois hypothèses :

A. Il ne laisse pas d'enfants, mais un ou plusieurs ascendants;

B. Il laisse des enfants issus de son mariage avec l'époux donataire;

C. Il laisse des enfants d'un premier lit.

A. *L'époux donateur ne laisse pas d'enfants, mais un ou plusieurs ascendants.*

2324. Pour le cas où l'époux ne laisserait point d'enfants ni d'ascendants, il pourra disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers (art. 1094, alin. 1er).

Le mot *héritiers* est ici synonyme d'*ascendants*, puisqu'il n'y en a pas d'autres qui aient droit à la réserve. (Voy. *suprà*, n°s 1774-1779.)

C'est une *extension* de la quotité disponible ordinaire, en ce que l'époux donataire peut recueillir, outre la quotité disponible en propriété, l'usufruit de la réserve des ascendants. « C'est en quelque sorte ne laisser la réserve qu'aux héritiers des ascen-

dants. Mais c'est la faveur du mariage. Pourquoi la mort d'un des époux changerait-elle la position de l'autre, surtout pour des droits qui ne sont ouverts que par l'interversion de la nature? » dit Jaubert, rapport au Tribunat, n° 88 (Locré, 485). Par suite de la réserve des ascendants, les biens resteront dans la famille du donateur.

2325. Il arrive souvent que, dans le contrat de mariage ou dans un testament, l'un des époux qui a encore un ascendant donne à son conjoint l'universalité de ses biens, ou toute la quotité disponible, ou tout ce que la loi lui permet de donner. Une semblable disposition comprend-elle aussi l'usufruit de la réserve de l'ascendant, ou bien faut-il que l'usufruit soit expressément donné? D'après quelques décisions, l'usufruit doit être expressément donné. (Toulouse, 24 août 1868, D., 1868, 2, 179.)

La jurisprudence décide généralement qu'une semblable disposition comprend l'usufruit de la réserve de l'ascendant, sans qu'il soit besoin d'une déclaration expresse; mais que c'est là une question d'interprétation. (Cass. fr., 15 mai 1865, D., 1865, 1, 431, et la note; 17 janvier 1877, D., 1878, 1, 258.) Il est prudent, pour éviter toute discussion, d'ajouter une déclaration expresse, si l'époux a l'intention de donner l'usufruit.

B. *L'époux donateur laisse des enfants issus du mariage.*

2326. « Pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement », porte l'article 1094, alinéa 2.

Aucune disposition du code n'a donné lieu à plus de difficultés et de controverses que celle-ci. On ne saurait le méconnaître, il règne dans cette partie du code une incohérence et un défaut d'esprit de suite, qui sont sans doute le résultat de la précipitation avec laquelle ont été votés le titre des *Donations et Testaments*, et surtout les trois derniers chapitres. Le législateur a laissé subsister des conséquences dont il avait renversé les prémisses. De là tant de difficultés pour l'interprète. Le conseil d'État a discuté soigneusement, les Exposés des motifs, les rapports au Tribunat et les discours au Corps législatif ont expliqué

longuement des matières moins difficiles et moins importantes. Or, dans la seule séance du 27 ventôse an XI (18 mars 1803), le conseil d'État a adopté, presque sans discussion et sans observations, 86 articles, 1014 à 1100; et les discours de Bigot-Préameneu, de Jaubert et de Favard sur le chapitre IX ne remplissent que peu de pages et ne contiennent qu'une paraphrase sans explications des articles du code. On s'aperçoit de la fatigue que les législateurs éprouvent après avoir, en peu de temps, achevé la moitié du code civil. Ils étaient à la fin de la session et aspiraient au repos. « C'est le dernier titre qui soit prêt à vous être présenté dans *cette session* », disait Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs, nº 90. « Il est doux, en *terminant cette session*, d'emporter cet espoir, etc., » disait Favard dans la séance du Corps législatif du 13 floréal an XI (3 mai 1803), nº 27, dans laquelle ce chapitre fut adopté (Locré, 423, 512.) Les travaux sur le code civil ne furent repris par le Corps législatif que le 27 janvier 1804, après un intervalle de près de huit mois. (Locré, t. XII, 289.)

2327. Il est évident que l'article 1094 *étend* la quotité disponible en faveur du conjoint lorsqu'il y a plus de *deux* enfants. Le père ou la mère ne peuvent alors disposer en faveur d'un étranger que d'un quart de leurs biens en propriété; il peut donner à son conjoint un quart en propriété et en outre un quart en usufruit.

Mais, s'il n'y a qu'un enfant, la quotité disponible ordinaire est de la moitié en propriété (art. 913); elle est plus forte que celle de l'article 1094. Dans ce cas, la quotité disponible ordinaire pourrait-elle être donnée au conjoint, ou bien celui-ci ne pourrait-il jamais recevoir que la quotité disponible de l'article 1094? En d'autres termes : l'article 1094, *extensif* s'il y a plus de deux enfants, est-il *restrictif* s'il n'y a qu'un enfant ? Ou bien, est-il toujours extensif ?

S'il y a deux enfants, la question de l'extension ou de la restriction est plus compliquée. Le disponible ordinaire est d'un tiers en propriété. Est-ce plus ou moins qu'un quart en propriété et un quart en usufruit ? Cela dépend de la valeur de l'usufruit.

Deux systèmes sont en présence :

2328. Premier système. L'article 1094 est *toujours extensif*.

S'il n'y a qu'un ou deux enfants, l'époux peut donner à son conjoint tout ce que l'article 913 permet de donner à un étranger. Car il y aurait une grande inconséquence à permettre à l'époux de disposer en faveur d'un étranger de plus qu'en faveur de son conjoint. Ce serait immoral, contre nature et contre la raison. Ce serait une inconséquence inexplicable que d'admettre que le législateur serait parti d'une idée d'hostilité et de défiance envers l'époux, et qu'il aurait, pour cette cause, *restreint* la quotité disponible, tandis qu'en même temps il l'aurait *augmentée* précisément dans le cas où la part des enfants réservataires est plus petite, c'est-à-dire dans le cas où il y en a trois ou un plus grand nombre. La quotité disponible en faveur de l'époux n'est jamais inférieure à la quotité disponible en faveur de l'étranger; elle y est même supérieure lorsque l'héritier réservataire est un ascendant (art. 1094, alin. 1er.)

Telle a été la pensée du législateur. En effet, l'article 16 du titre IX (*Des Donations entre-vifs et des Testaments*) du projet de la commission nommée le 24 thermidor an VIII fixait invariablement *au quart* des biens la quotité disponible s'il y avait des enfants ou descendants, quel qu'en fût le nombre. L'article 156 de ce projet, identique à l'article 1094, fixait, pour le même cas, la quotité disponible entre époux à un *quart* en propriété et à un *quart* en usufruit, ou à la moitié de tous les biens en usufruit seulement. L'article 156 était donc toujours *extensif* en permettant de donner au conjoint *tout ce que l'on peut donner à un étranger*, et, *en outre*, un quart en usufruit. La quotité disponible ordinaire proposée par l'article 16 a été modifiée par l'article 913 du code; elle a été étendue. L'article 156 est resté le même et est devenu l'article 1094 du code. Il faut supposer qu'il a été maintenu dans le même esprit qui l'avait inspiré d'abord, c'est-à-dire, dans un esprit de faveur pour l'époux, d'autant plus qu'il n'est pas rédigé restrictivement; qu'il dit : l'*époux pourra donner* et non : l'époux *ne pourra donner que*.

Ce système, qui avait été admis auparavant par quelques décisions isolées, a été énergiquement soutenu en 1841 par M. Benech, professeur à la faculté de Toulouse, dans son livre *De la quotité disponible entre époux*. Il a fait quelques partisans ; mais la jurisprudence et la plus grande partie de la doctrine l'ont combattu.

2329. Deuxième système. La loi a réglé dans le chapitre IX la quotité disponible entre époux d'une manière spéciale, complète et invariable, quel que soit le nombre des enfants. La quotité disponible entre époux n'est donc pas régie par l'article 913. Elle est plus étendue que la quotité disponible ordinaire, lorsqu'il y a trois enfants ou un plus grand nombre; mais elle ne peut pas comprendre la moitié ou un tiers en pleine propriété, s'il n'y a qu'un ou deux enfants. (Laurent, t. XV, nº 350.)

2330. Nous croyons que le système défendu par M. Benech est fondé en raison; mais que le système contraire est celui du code. Pour le prouver, nous devons entrer dans quelques développements historiques, pour expliquer en même temps les mots de l'article 1094, alinéa 2 : *ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement*, mots qui peuvent paraître singuliers et inutiles, parce que celui qui peut donner *un quart en propriété et un quart en usufruit* peut, *à fortiori*, donner la *moitié en usufruit*.

Par le décret des 7-11 mars 1793, la Convention nationale avait aboli la faculté de disposer de ses biens en ligne directe.

Le décret du 5 brumaire an II (26 octobre 1793, art. 2), permettait à celui qui avait des héritiers en ligne directe de disposer seulement d'un dixième, et à celui qui avait des héritiers en ligne collatérale, de disposer d'un sixième de ses biens. L'article 2 portait que les avantages *stipulés* entre époux encore existants, ou les avantages *établis par les coutumes*, s'ils consistaient en simple jouissance, ne pourraient s'élever au delà de la *moitié* des revenus des biens délaissés par l'époux décédé, s'il laissait des enfants; et que, s'ils consistaient en des dispositions de *propriété*, ils seraient restreints à l'*usufruit* de la moitié des revenus des biens.

Les articles 13-16 de la loi du 17 nivôse an II ont confirmé la même quotité disponible ordinaire, et permis la quotité disponible entre époux, telle qu'elle était établie par la loi du 5 brumaire an II.

La loi du 4 germinal an VIII (25 mars 1800, art. 1er) étend la quotité disponible ordinaire, mais elle maintient les règles qui concernent les dispositions entre époux (art. 6).

Le projet de la commission nommée l'an VIII proposait de fixer la quotité disponible *ordinaire à un quart* s'il y avait des enfants,

et de permettre aux époux de se donner un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement (articles 16 et 156).

Or, depuis 1793 jusqu'en 1800, la quotité disponible entre époux avait été plus élevée que la quotité disponible ordinaire; car la moitié en usufruit, même évaluée très-modérément, représente une valeur plus élevée qu'un dixième en propriété. Le projet de l'an VIII était conçu suivant les mêmes idées.

2331. Les auteurs du code ont changé l'article 16 de ce projet en augmentant la quotité disponible ordinaire (art. 913); mais ils ont adopté l'article 156 (devenu 1094) tel qu'il était. Après ce vote, émis dans la séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI (18 mars 1803), le projet fut communiqué à la section de législation du Tribunat, laquelle, dans ses observations du 31 mars suivant, n° 74, proposait de rédiger ainsi ce deuxième alinéa de l'article 1094 : « Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux tout ce dont il pourrait disposer en propriété, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. » (Locré, 331.)

Cet amendement permettait à l'époux de donner à son conjoint, en *propriété*, ce qu'il pourrait donner à un étranger; mais l'époux ne pouvait pas donner *plus* à son conjoint, en ajoutant au quart en propriété encore l'usufruit d'une autre partie de ses biens. Dans le cas où il y avait plus de deux enfants, cette proposition était moins favorable à l'époux que l'article 156 du projet de l'an VIII. La proposition du Tribunat ne fut pas adoptée.

On doit en conclure que le législateur n'a pas voulu changer l'article 1094, bien qu'il eût été plus rationnel de permettre de donner au conjoint, dans tous les cas, au moins ce que l'on peut donner à un étranger.

Bigot-Préameneu explique cette disposition *restrictivement* : « S'il laisse des enfants, ces donations *ne* pourront comprendre *que* le quart de tous les biens en propriété », etc., dit-il, et il cherche, il est vrai, d'une manière peu satisfaisante, à motiver cette décision. Plus loin il ajoute : « Cette *quotité est fixée* à un quart de tous les biens en propriété, et un autre quart en usufruit, ou la moitié de la totalité en usufruit »; et finalement il

dit : « Après avoir *borné ainsi* la faculté de disposer », etc. (Exposé des motifs, n[os] 87, 88, Locré, 420, 421.)

Jaubert n'est pas moins explicite : « S'il reste des enfants du mariage », dit-il, « l'époux survivant *ne* peut avoir qu'*un* quart en propriété, etc. Si la disposition avait *excédé* ces bornes, elle serait *réduite* proportionnellement. » (Rapport au Tribunat, n° 88, Locré, 485.)

2332. L'époux ayant des enfants peut donner à son conjoint ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, *ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement,* porte l'article 1094. Ces derniers mots ont soulevé d'autres difficultés. En voici l'origine. Le même article se trouvait dans le projet de l'an VIII; mais il était l'application d'un principe général. L'article 16 de ce projet avait fixé la quotité disponible; l'article 17 ajoutait : « La donation en usufruit ne peut excéder la quotité dont on peut disposer en propriété; en telle sorte que le don d'un usufruit ou d'une pension est réductible au quart, à la moitié ou aux trois quarts du revenu total, dans les cas ci-dessus exprimés (art. 16). Sans préjudice néanmoins de ce qui est réglé à l'égard des époux. » Par dérogation à la règle, l'article 156 permettait à l'époux ayant des enfants de donner à son conjoint la *moitié* de ses biens en *usufruit,* bien qu'il ne pût disposer que d'un *quart* en propriété.

L'article 917 du code, inconnu au projet de l'an VIII, a renversé la règle de l'article 17, en permettant de donner un usufruit excédant la quotité disponible, mais en attribuant à l'héritier réservataire l'option d'exécuter la disposition ou d'abandonner au donataire la propriété de la quotité disponible. (*Suprà,* n[os] 1783-1788.)

De là la question de savoir si l'article 917 est applicable lorsque l'un des époux a donné à son conjoint plus de la moitié de ses biens en usufruit seulement?

2333. La plupart des partisans du premier des deux systèmes exposés aux n[os] 2328 et 2329 se prononcent pour l'applicabilité de l'article 917, comme étant une conséquence de leur doctrine; d'autres, moins conséquents, considèrent l'article 1094 comme spécial et n'admettent pas que la donation du simple usufruit puisse excéder la moitié des biens.

Suivant les défenseurs du deuxième système, l'article 1094 règle d'une manière spéciale la quotité disponible entre époux et exclut l'application de l'article 917.

Encore une fois, cette solution nous paraît peu rationnelle, mais c'est celle de la loi. Peu rationnelle, car, pourquoi la règle de l'article 917, qui paraît bonne et juste à l'égard du donataire étranger, n'est-elle pas juste à l'égard de l'époux? Mais c'est le système de la loi; car autrement les mots *ou la moitié en usufruit seulement* ne seraient qu'une naïveté ridicule. Il est évident que celui qui peut donner un quart en propriété et un quart en usufruit peut *à fortiori* donner deux quarts ou la moitié en usufruit. Ou bien ces mots ont un sens restrictif et veulent dire que l'époux ne peut donner, même en simple usufruit, que la *moitié* et que tout don d'usufruit excédant la *moitié* est réductible à cette portion, ou bien ils ne veulent rien dire du tout. Nous ne pouvons pas supposer des mots inutiles ou ridicules dans la loi. L'interprète peut faire, au point de vue de la raison, la critique de la pensée du législateur, mais il ne doit pas la dénaturer. (Cass. fr., 4 janv. 1869, D., 1869, 1, 10; 10 mars 1873, D., 1874, 1, 9; Laurent, t. XV, n[os] 347-349.)

La règle de l'article 1094, § 2, et l'exclusion de l'application de l'article 917 peuvent être très-nuisibles aux enfants. Si, par exemple, l'époux voulait assurer à son conjoint, déjà âgé, un revenu excédant la moitié des biens en usufruit, il ne le pourrait pas. Pour atteindre son but, il serait obligé de lui donner un quart en usufruit et un quart en pleine propriété pour qu'il pût placer cette dernière partie de la manière la plus lucrative pour lui.

2334. Dans le cas où la disposition donnerait au conjoint *la quotité disponible*, il faudrait la prendre dans le sens de la quotité disponible *la plus forte*, c'est-à-dire d'un quart en propriété et un quart en usufruit au choix du donataire.

Si la disposition portait la moitié en usufruit, l'époux donataire ne pourrait réclamer que cette moitié et rien en propriété.

Si la disposition donnait au conjoint *un quart en usufruit et un quart en propriété ou la moitié en usufruit seulement*, l'option appartiendrait au débiteur, c'est-à-dire aux héritiers, d'après les principes sur les dettes alternatives (art. 1190).

2335. On se demande si le disponible exceptionnel de l'article 1094 peut concourir avec le disponible ordinaire des articles 913 à 915?

Ce qui est certain, c'est que l'on ne peut pas *cumuler* les deux quotités disponibles; par exemple, s'il y a trois enfants, donner à l'époux celle de l'article 1094, un quart en propriété et un quart en usufruit, et en outre, donner à un étranger un quart en pleine propriété. Ce serait violer l'article 913 et anéantir la réserve. (Cass. fr., 4 janv. 1869, D., 1869, 1, 10.) Ce qui est certain, c'est que l'ensemble des libéralités ne peut jamais excéder la quotité disponible *la plus élevée*. (Zachariæ, § 689, note 12.) Et, ce qui n'est pas moins certain, c'est que la libéralité au profit du tiers ne peut jamais excéder le disponible ordinaire; car la quotité disponible exceptionnelle de l'article 1094 a été établie en faveur de l'époux et non en faveur des tiers; par exemple, quelqu'un ayant trois enfants a donné à un étranger un quart en pleine propriété et un huitième en usufruit, et à son conjoint un huitième en usufruit. La libéralité en faveur du tiers est, sans aucun doute, réductible. Il ne peut pas profiter de l'existence de l'époux.

2336. Mais comment faut-il combiner le disponible ordinaire et le disponible exceptionnel dans le cas où l'un des époux a disposé en faveur de son conjoint et en faveur d'autres personnes? C'est une des questions les plus controversées. Nous n'entrerons pas dans les nombreuses hypothèses qui se présentent. Nous ne pouvons qu'indiquer le principe qui nous semble devoir servir de base pour la solution des nombreuses controverses.

La réserve et la quotité disponible sont corrélatives. En fixant la quotité disponible, la loi a déterminé la portion qui, dans tous les cas, doit être assurée aux héritiers réservataires, et que la volonté du défunt ne peut diminuer par aucun moyen. Cette portion est fixée par les articles 913 et 915. En règle, nul n'est préféré aux héritiers réservataires. Mais il y a *une seule personne* en faveur de laquelle la loi fait une exception dans certains cas, c'est le *conjoint* du disposant. A *son* profit, mais *uniquement à son* profit, la réserve ordinaire peut être entamée. Cette diminution de la réserve n'a plus de raison d'être si elle n'a pas lieu exclusive-

ment en faveur de l'époux; c'est-à-dire si l'époux *seul* ne recueille pas toute la quotité disponible *ordinaire* et toute la différence entre cette quotité et le disponible exceptionnel de l'article 1094.

En associant à la donation du disponible exceptionnel une *autre* personne que son époux, le donateur ébrèche la réserve ordinaire en faveur de quelqu'un qui ne peut pas être préféré à l'héritier légitimaire, et sa disposition même démontre que, pour attribuer à son conjoint ce qu'il lui destinait, il n'avait pas besoin d'entamer la réserve ordinaire. L'unique motif de diminuer la réserve, la faveur pour le conjoint, fait donc défaut. (Voy., en ce sens, Bruxelles, 30 décembre 1867 et cass. belge, 24 déc. 1868; B. J., t. 26, 281; t. 27, 25; Toulouse, 20 déc. 1871, D., 1873, 2, 17.)

Il résulte de ce qui précède que la disposition n'est pas réductible lorsqu'elle n'excède pas la quotité disponible ordinaire; par exemple, si celui qui n'a qu'un enfant a donné à son époux un quart en propriété et un quart en usufruit, et un quart en nue propriété à un tiers.

Sur les diverses questions auxquelles le concours des deux quotités disponibles peut donner lieu, voy. Troplong, n[os] 2583-2608; Demolombe, n[os] 510-512.

2337. Dans les divers cas où il y a des dispositions au profit d'un des époux et d'un étranger, il peut être nécessaire d'évaluer l'usufruit, afin de pouvoir décider si l'une ou l'autre des dispositions doit subir une réduction. Cette évaluation doit être faite dans chaque espèce d'après les circonstances particulières, eu égard à l'âge, à la santé, aux habitudes, à la profession, etc., de l'usufruitier. (Demolombe, n° 547. Bruxelles, 11 mai 1868, B. J., t. 26, 1105; Caen, 3 mai 1872, D., 1873, 2, 218.)

C. *L'époux donateur a des enfants d'un premier lit* (art. 1098-1100).

1. INTRODUCTION HISTORIQUE.

2338. L'expérience de tous les temps a démontré que les intérêts des enfants du précédent mariage sont souvent sacrifiés, si le survivant des père ou mère contracte une nouvelle union.

C'est pourquoi toutes les législations protégent les intérêts des enfants du premier lit, en renfermant dans des limites plus étroites que celles du disponible ordinaire les libéralités que l'époux qui a convolé en secondes noces pourrait faire au profit de son nouveau conjoint.

D'après une loi des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, de 382, la femme ayant des enfants et qui se remarie perd, au profit des enfants du premier lit, la nue propriété de tous les biens qui lui avaient été donnés, à quelque titre que ce fût, par son premier mari; elle n'en conserve que l'usufruit. (L. 2, C., Theodos., *De secundis nuptiis*, 3, 8; L. 3, C., *De secundis nuptiis*, 5, 9.) Cette disposition fut plus tard appliquée au mari qui s'était remarié, par une constitution des empereurs Valentinien III et Théodose II, de l'an 444. (L. 5, C., *eod.*, et Nov. 2, c. 1, 2, 3; Nov. 22, c. 23-26; Nov. 98, c. 2; Nov. 127, c. 3.)

De plus, l'époux, sans distinction de sexe, qui contracte un second mariage ne peut, par disposition entre-vifs ou à cause de mort, donner ou laisser à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant du premier lit le moins prenant. (L. 6, l. 9, C., *eodem*, 5, 9; Nov. 2, c. 4; Nov. 22, c. 27, 28, 48.)

Le droit romain allait même plus loin; il restreignait le droit de la mère dans la succession des enfants du premier mariage. La même Novelle 22, c. 46, § 2, et c. 47, publiée par Justinien en 536, porte que, si la femme qui s'est remariée succède à un enfant du premier lit en concours avec des frères et sœurs du défunt, la nue propriété de sa part dans les biens paternels est dévolue à ces derniers, et la mère n'en acquiert que l'usufruit.

2339. Ces règles étaient suivies dans les provinces de droit écrit. Elles furent introduites dans les pays coutumiers par l'édit de François II, de 1560, appelé *Édit des secondes noces*, rendu sur la proposition du chancelier de L'Hôpital. Cet édit avait deux chefs ou chapitres.

Suivant le droit romain, le premier chef défendait aux *femmes* veuves, ayant des descendants et qui passeraient à de nouvelles noces, de donner à leurs nouveaux maris au delà d'une part d'enfant le moins prenant. La jurisprudence, par identité de raison, conformément à la loi romaine, appliquait cette disposition également à l'homme. L'article 1098 l'a reproduite, en bornant,

dans tous les cas, *au quart* des biens le maximum du disponible.

Le deuxième chef de l'édit défendait aux veuves et veufs ayant enfants d'un premier lit, de donner à leurs nouveaux conjoints aucune part des biens qu'ils avaient acquis par dons ou libéralités de leurs premiers conjoints, et les obligeait de réserver ces biens aux enfants du premier mariage.

Les rédacteurs du projet du code avaient reproduit les deux chefs de l'édit, en ajoutant au premier chef que la part du nouvel époux peut consister seulement en usufruit. La suppression du deuxième chef était une conséquence du principe de l'article 732, d'après lequel la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la succession. (*Suprà*, n° 1294.)

2. DANS QUELS CAS L'ARTICLE 1098 EST-IL APPLICABLE?

2340. Le texte de l'article 1098 porte : « *L'homme ou la femme qui*, AYANT des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. » Mais, comme cet article constitue une règle non pas de *capacité personnelle*, mais de *disponibilité* de biens, et que la quotité disponible ne se calcule qu'*au décès* du disposant, il faut l'entendre comme s'il disait : « L'homme, etc., *laissant à son décès pour héritiers des enfants d'un autre lit.* »

Pour fixer la quotité disponible, on compte alors tous les enfants qui viennent à la succession du disposant. Donc, on ne compte pas les enfants décédés, ni les renonçants, ni ceux qui sont déclarés indignes.

L'enfant décédé laissant des descendants compte pour un, quand même il aurait été enfant unique, laissant plusieurs descendants, qui viendraient sans le secours de la représentation (arg. article 914; *suprà*, n° 1771.)

La libéralité ayant pour objet une part d'enfant est censée faite sous la *condition de survie* du donataire au donateur. Car ce n'est qu'à la mort de ce dernier et eu égard au nombre d'enfants alors existant, que l'on peut fixer quelle sera la part d'un enfant.

3. DE CE QUE L'ÉPOUX PEUT DONNER.

2341. A la différence de l'article 1094, ici la quotité disponible entre époux est le plus souvent *moins* forte que la quotité disponible ordinaire. Seulement, lorsqu'il y a trois enfants, elle est égale à la quotité disponible ordinaire.

Il importe peu que la libéralité ait eu pour objet des corps certains et déterminés, ou une quote-part des biens. Dans le premier cas, il faut estimer les objets. Le second époux ne peut jamais recevoir plus qu'une part d'enfant le *moins prenant*, si les enfants ne succèdent pas par parts égales. Pour faire le calcul, le second époux est compté comme un enfant de plus.

L'un des époux peut donner à son conjoint en *usufruit* une part plus forte que sur un quart de ses biens. L'article 1098 ne limite pas, comme le fait l'article 1094, la quotité disponible en usufruit. Seulement, si l'usufruit excède le quart des biens, l'article 917 est applicable. (*Suprà*, n[os] 1783 1788.) (Troplong, n° 2731; Demolombe, XIX, n° 462; XXIII, n° 605; Gand, 11 décembre 1869, P., 1870, 127; Bordeaux, 23 juillet 1867, D., 1868, 2, 148; Angers, 22 février 1872, D.. 1872, 5, 352; Nancy, 4 mars 1873, D., 1874, 2, 148; cass. fr., 1[er] juillet 1873, D., 1874, 1, 26). Il en serait autrement s'il résultait de l'acte que le donateur n'a entendu laisser qu'*un usufruit;* alors les héritiers réservataires peuvent en demander la réduction. (Bruxelles, 9 mars 1868, P., 1869, 273.)

2342. Dans le cas où un des enfants a reçu un préciput, on le prélève, et le reste est partagé conformément à l'article 1098.

Pour former la quotité disponible, on réunit fictivement à la masse les biens soumis au rapport, mais sans que le second conjoint puisse profiter du rapport réel. (Voy. *suprà*, n° 1811.)

2343. Si quelqu'un a contracté successivement plusieurs mariages, il ne peut donner à *tous ses conjoints successifs ensemble* que la quotité disponible de l'article 1098; il ne peut pas la donner à chacun d'eux. La question était controversée, mais Pothier l'a déjà résolue en ce sens. (*Donations entre-vifs*, sect. III, art. VII, § 3)

Si la libéralité au profit du deuxième conjoint excède la quotité disponible, elle est sujette à *réduction* (art. 1099, alin. 1[er]).

4. DES PERSONNES QUI PEUVENT DEMANDER LA RÉDUCTION.

2344. La restriction ayant été introduite au profit des enfants ou descendants *du premier lit*, la réduction ne peut être demandée que lorsqu'il y a des enfants du premier lit au décès de l'époux donateur, et par ces enfants. Mais une fois que, par suite de la réduction opérée, les biens sont rentrés dans la succession, les enfants du second lit profitent aussi de la réduction. C'est conforme à la jurisprudence des pays coutumiers. (Zachariæ, § 690, note 36. *Nec est novum in jure ut quod quis ex persona sua non habeat, ex persona alterius habeat*, dit le fr. 3, § 11, D., *De bonor. poss. contra tabulas*, 37, 4.) C'est, de plus, une conséquence du principe de l'article 745, d'après lequel les enfants partagent également la succession entre eux, quand même ils seraient issus de différents mariages. Mais la réduction ne profite pas aux autres donataires ou légataires ni aux créanciers de l'époux donateur. (Pothier, *Don. entre-vifs*, sect. III, art. VII, § 4.)

Si les enfants du premier lit renoncent à la succession de l'époux donateur, les enfants du second lit ou les ascendants n'ont pas qualité pour demander la réduction.

2345. Mais les enfants du second mariage peuvent-ils demander la réduction lorsqu'il existe des enfants du premier mariage et que ceux-ci refusent de la demander? Il y a controverse. Toullier, t. V, n° 829, et Zachariæ, § 690, note 37, répondent affirmativement. Marcadé, art. 1098, n° V, Demante, n° 158, et M. Laurent, t. XV, n°s 399 et 400, sont d'un avis contraire. Si les enfants du premier mariage renoncent à leur droit moyennant un prix ou un avantage quelconque, les enfants du second lit peuvent demander la réduction, ou tout au moins exiger leur part dans les biens excédant la quotité disponible. (Troplong, n° 2723; arg. art. 780, 2°.)

Mais dans les autres cas, malgré l'opinion du plus grand nombre de jurisconsultes, nous ne pouvons admettre ce droit au profit des enfants du second lit. Le droit n'est pas ouvert à leur profit. Il est subordonné à l'exercice du droit des enfants du premier lit.

On dit que dans la solution contraire il y aurait inégalité entre les enfants des différents lits. Sans doute; mais cette inégalité

est dans la loi. L'égalité n'existe que dans le droit de succéder de la même manière aux biens *rentrés* dans la masse. Mais, tant que les biens n'y sont pas *rentrés* par la demande en réduction, il n'y a pas de droit de succéder. L'article 1496 aussi ne donne le droit au retranchement qu'aux enfants du premier lit. Il y a un motif de plus, c'est que les enfants du second mariage peuvent retrouver dans la succession du donataire ce qui leur manquera dans celle du donateur.

2346. « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. — Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle » (art. 1099). Sur le sens de cette disposition, voy. *infrà*, nos 2349 et suiv.

2347. L'interposition de personnes peut être prouvée par tous moyens de droit; dans certains cas, elle est *légalement présumée*, et cette présomption est *juris et de jure* sans admettre la preuve contraire. (Voy. *suprà*, n° 1750.)

L'article 1100 porte : « Seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. »

Il n'y aurait donc pas interposition de personnes si le conjoint n'avait pas été héritier présomptif du donataire *au jour de la donation*, quand même il serait plus tard effectivement devenu son héritier.

La présomption d'interposition de personnes est plus étendue dans l'article 1100 que dans l'article 911, en ce qu'elle ne comprend pas seulement les père et mère, mais *toute personne* dont le conjoint serait héritier présomptif; elle est moins étendue que celle de l'article 911, en ce qu'elle ne répute personnes interposées les enfants du nouvel époux, qu'autant qu'ils ne sont pas en même temps enfants du donateur.

D. *De la disposition qui excède la quotité disponible* (art. 1094, 1098-1100).

2348. 1. Toute libéralité franche et ouverte qui dépasse la quotité disponible, soit dans le cas de l'article 1094, soit dans le cas de l'article 1098, est *réductible* à cette quotité, d'après les principes exposés aux nos 1796-1828.

2. Il en est de même de toute libéralité *indirecte* (art. 1099, alin. 1).

Le terme *donation indirecte,* pris en sens général, comprend aussi les donations *déguisées* et celles faites à personnes *interposées*. Cette terminologie est nettement établie dans l'ancien droit. Pothier y est toujours resté fidèle, et il traite les trois espèces de libéralités d'après les mêmes principes. (Voy. *suprà,* n° 1536 et Pothier, *Des donations entre mari et femme,* part. I, chap. II, observation préliminaire avant le n° 78.) L'article 1099 établit une différence entre les donations *indirectes* d'un côté et les donations *déguisées* ou faites à *personnes interposées,* de l'autre côté, en disant que les époux *ne pourront se donner indirectement* au delà de ce qui leur est permis, et en déclarant les secondes *nulles*.

Cet article a donné lieu à deux systèmes d'interprétation.

2349. Premier système. Le législateur a entendu par donations *indirectes* des avantages résultant d'actes faits ouvertement, quoique ne s'annonçant pas comme des libéralités; par exemple la remise d'une dette, la renonciation à une succession qui accroît à celui à qui on veut faire la libéralité, le payement d'une dette pour un autre, la stipulation d'un avantage pour autrui dans un contrat à titre onéreux que l'on fait pour soi-même (art. 1121), le cautionnement sans intention de répéter ce qu'on aura payé. Telles sont aussi les conventions matrimoniales qui, dans leurs effets, tendraient à donner à l'un des époux au delà de la quotité disponible (art. 1496, 1527). Toutes ces libéralités sont *valables dans la limite de la quotité disponible.*

Mais lorsque la libéralité se *déguise* sous l'*apparence* d'un contrat à *titre onéreux,* par exemple lorsqu'on prend la forme de la vente pour transférer la propriété, sans avoir l'intention d'exiger un prix; ou bien lorsqu'on fait la libéralité à une tierce personne

interposée, pour éluder la loi, semblable donation est bien aussi une donation *indirecte* en sens général, mais elle tombe, en outre, sous la définition du second alinéa de l'article 1099, et elle est frappée d'une réprobation plus spéciale, elle est *déclarée nulle pour le tout*, même pour la portion que le donateur aurait pu donner directement. La loi traite plus sévèrement ce dernier genre de libéralités, parce qu'il renferme des actes de *dissimulation* et de *fraude*. Ces fraudes étant entre époux plus faciles et plus fréquentes, le législateur a cru devoir les prévenir par une pénalité plus sévère, en frappant ces donations d'une *nullité radicale*. C'est par un motif analogue que la loi défend la vente entre époux, sauf dans les cas formellement exceptés (art. 1595). Si l'on ne faisait pas cette distinction, le deuxième alinéa de l'article 1099 ne serait qu'une répétition insignifiante du premier. On invoque de plus l'autorité du droit romain, notamment le fr. 5, § 5, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24, 1, et Pothier, *Donations entre mari et femme*, n° 78.

La jurisprudence française, surtout de ces derniers temps, peut être considérée comme presque fixée en ce sens. (Voy. Toullier, V, n° 901 ; Troplong, nos 2743, 2744; Marcadé sur l'article 1099, n° 1; Zachariæ, § 690, note 23; Demolombe, nos 611-615 et les autorités qu'il cite; Laurent, t. XV, nos 404 et suiv. ; Paris, 24 fév. 1869, D., 1870, 2, 221; Caen, 1er déc. 1870, D., 1872, 2, 205; Pau, 24 juillet 1872, D., 1876, 5, 334; Cass. fr., 17 fév. 1874, D., 1874, 1, 344.)

Il y a des partisans de la nullité des donations déguisées ou faites à personnes interposées, qui admettent ce système avec certains tempéraments. Ainsi, quelques auteurs sont d'avis qu'elles sont *nulles pour le tout*, mais seulement dans le cas où la libéralité *excède réellement* la quotité disponible (Liége, 4 février 1865; B. J., t 23, 993); d'autres, que la nullité complète n'existe que si la libéralité a été faite *dans la vue* d'excéder la quotité disponible. Ces opinons intermédiaires se justifient difficilement.

2350. Deuxième système. Les donations *indirectes, déguisées* ou faites à personnes *interposées*, sont simplement *réductibles*. Le mot *indirectement*, dans le premier alinéa de l'article 1099, comprend généralement toutes les donations qui ne sont pas faites dans la forme ouverte de l'article 931, donc les donations dégui-

sées comme celles faites à personnes interposées. Le second alinéa s'explique par le premier; c'est-à-dire les donations déguisées ou faites à personnes interposées sont nulles, non pour le tout, mais pour ce qui *excède la quotité disponible*. La *réduction* suffit pour protéger les intérêts des enfants du premier lit ou des réservataires. Cette interprétation est mieux en harmonie avec le système de la loi sur la réserve. Les donations excédant la quotité disponible au préjudice des héritiers réservataires ne sont pas *nulles*, mais simplement *réductibles* (art. 920-930), et la loi ne distingue pas si elles ont été faites directement, ou indirectement, ou déguisées, ou à personnes interposées. Il y aurait inconséquence à ne pas appliquer les mêmes principes aux donations entre époux. Duranton (édit. Hauman), t. V, n° 831, et plusieurs arrêts rendus en ce sens. Ce système a été adopté par la cour de cassation de Belgique dans son arrêt du 29 décembre 1865. (B. J., t. 24, 36 et la note détaillée; par Limoges, 27 mai 1867 et Grenoble, 21 mars 1870, D., 1867, 2, 4, et 1870, 2, 190.)

2351. Le deuxième système est juste. La gravité de la question exige quelques développements pour le prouver. A cet effet, nous invoquons, outre les raisons déjà alléguées :

1° L'ancien droit. Il est parfaitement exact de dire que cette sanction sévère du déguisement d'une libéralité n'a pas de précédents dans l'histoire du droit privé. La loi 6, C., *De secundis nuptiis*, 5, 9, se prononce dans les termes les plus formels pour la *réduction* : *Sin vero plus quam statutum est, aliquid novercæ vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit,* ID QUOD PLUS RELICTUM VEL DONATUM AUT DATUM FUERIT, *tanquam non scriptum neque derelictum, vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eas dividi jubemus : omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.*

Le texte de l'*Édit des secondes noces* n'est pas moins explicite pour la réduction : « Et si il se trouve division inégale de leurs biens, faite entre leurs enfants ou enfants de leurs enfants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris *seront réduites et mesurées à la part de celui des enfants qui aura le moins.* »

Il est à remarquer que les mots qui précèdent immédiatement

prévoient littéralement le cas d'*interposition de personnes par dol ou fraude*.

2° Les travaux préparatoires du code. Rien n'y autorise l'idée que la nullité de la donation soit prononcée à titre de *peine*. Tout ce qu'il y a dans les travaux préparatoires au sujet de cet article, ce sont les quelques mots de Jaubert dans le rapport au Tribunat, n° 90, qui ne sont qu'une paraphrase du texte de la loi sans aucune explication (Locré, 486).

L'argument consistant à dire que les donations déguisées ont été annulées pour punir la fraude ou l'intention frauduleuse du donateur, a été inventé par les auteurs pour justifier une interprétation préconçue du texte. Vainement en cherchera-t-on la trace dans un document quelconque. Les interprètes ont prêté leurs propres idées au législateur.

2352. 3° Nous allons à présent démontrer de la manière la plus évidente la filiation de l'article 1099, et l'on restera convaincu qu'il est le résultat d'une interprétation erronée du droit romain et d'un passage de Pothier, que les défenseurs du premier système nous opposent.

On sait que les auteurs du projet du code ont toujours eu devant les yeux les ouvrages de Pothier et qu'ils l'ont suivi dans beaucoup de matières.

Pothier, dans son traité *Des donations entre mari et femme*, n° 78, enseigne que le droit romain ne défendait pas aux conjoints de faire entre eux pendant le mariage *tous les contrats* qu'ils jugeaient à propos de faire, pourvu qu'ils ne renfermassent aucun avantage qui fût fait par l'un des époux aux dépens de l'autre, et que l'égalité y fût exactement observée ; qu'à l'égard de ceux qui renfermaient un avantage, les jurisconsultes romains faisaient une distinction entre les actes qui étaient *simulés* et ceux qui, sans être simulés, renfermaient quelque avantage ; que ceux qui étaient simulés étaient nuls, les autres valables, et que l'on réformait seulement l'avantage prohibé qu'ils renfermaient, en obligeant celui au profit de qui il était fait à suppléer le juste prix. A l'appui de sa thèse, il cite un passage de Pomponius, fr. 5, § 5, D., *De donat. inter virum et uxorem*, 24, 1. Rien n'est plus logique, plus juridique que la loi romaine et la doctrine que Pothier y attache.

Chez les Romains, *tout avantage quelconque* entre époux fait pendant le mariage était prohibé; mais *tous* les contrats à titre onéreux indistinctement étaient permis. Si les époux avaient *voulu* se faire une libéralité, cette convention était *nulle*, peu importait qu'elle fût manifeste ou *déguisée*; elle était nulle, non pas *parce qu'elle était déguisée*, mais parce qu'elle aurait été nulle quand même elle aurait été ouverte et franchement avouée. Les époux avaient *voulu* faire ce qu'ils ne *pouvaient* pas faire légalement. De sorte que s'ils avaient *fait* une vente avec l'*intention* de faire une donation déguisée, par exemple en la faisant à un prix qui n'était pas sérieux, ou avec l'intention de ne pas exiger le prix, *tout* était nul; il n'y avait pas vente, parce qu'il n'y avait pas le *concours des deux volontés* (*duorum in idem placitum consensus*) qu'il faut pour faire un contrat; il n'y avait pas de donation, parce que le concours des deux volontés pour la faire était illégal. Il n'y avait donc rien. Mais si le contrat à titre onéreux n'était pas *simulé*, si les époux avaient *réellement voulu* le faire, par exemple une vente, le concours des deux volontés existait, et le contrat était valable par cela même qu'ils avaient *voulu* faire une vente et non une donation. Toutefois, s'il résultait de ce contrat un avantage pour l'un des époux aux dépens de l'autre, par exemple, si le vendeur avait fait remise d'une partie du prix, *la vente n'en existait pas moins*, mais l'avantage devait être restitué au vendeur. Le contrat était valable, l'avantage était prohibé.

Donc, en résumé, en cas de déguisement ou de simulation, la donation — la convention déguisée — était nulle parce que la loi la *défendait*; le contrat à titre onéreux — la convention déguisante — était nul parce que les époux *n'avaient pas voulu la faire*.

2353. L'article 162 du projet de l'an VIII, devenu presque sans changement l'article 1099 du code, ne se rattache à aucun point ni à aucune doctrine de l'ancien droit, si ce n'est au passage de Pothier que nous avons cité. La comparaison des deux textes prouve que l'article 1099 est le résumé du n° 78 de Pothier. Mais Pothier a écrit ce passage sous l'empire d'une loi qui défendait toutes les libéralités, ouvertes ou déguisées, entre époux pendant le mariage. Depuis que les avantages entre époux ne sont plus prohibés, cette doctrine n'avait plus aucune raison

d'être, et il est certain que Pothier ne l'aurait pas enseignée sous le code civil. Nous ne pouvons voir dans l'article 1099 qu'une fausse application d'une loi romaine parfaitement juridique.

Il est vrai que l'article 1099, et par la place qu'il occupe dans le chapitre IX, et par sa teneur, s'applique à *toutes* les donations entre époux, et pas seulement aux donations faites pendant le mariage.

Mais nous sommes convaincu que le législateur a cru reproduire un principe de l'ancien droit, et que nous aurions trouvé, ne fût-ce qu'un seul mot d'explication, s'il avait voulu introduire une innovation si importante et contraire à son système sur les donations déguisées, dans les matières du rapport et de la réserve, et nous pouvons ajouter dans toutes les autres matières. Car beaucoup d'auteurs, quoique partisans du premier système, enseignent que la donation faite à un incapable de recevoir au delà d'une certaine quotité n'est pas nulle, mais qu'elle est réductible à cette quotité (art. 911, et *infrà*, n° 2356); que la vente entre époux, quoique prohibée par la loi, n'est pas nulle, mais qu'elle peut valoir comme donation déguisée jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 1595; Zachariæ, § 351, 2°; Troplong, *Vente*, n° 185); que la société universelle prohibée par l'article 1840 n'est pas nulle, mais que l'avantage qu'elle peut présenter pour la personne incapable de recevoir est réductible.

2354. Nous ajoutons que cette doctrine est conforme aux vrais principes et que, par cela même, il faut l'appliquer à l'article 1099. Car, en règle, on peut faire indirectement ce qu'il est permis de faire directement; et il est impossible de trouver un principe juridique ou d'équité en vertu duquel une libéralité, valable en elle-même, *par cela seul* qu'elle est déguisée, serait nulle. Pour admettre une thèse aussi exorbitante et aussi contraire au droit commun, il faut plus d'une simple probabilité ou présomption que le législateur a voulu infliger une pénalité; il faut une manifestation claire et indubitable de la volonté du législateur.

Quant au texte de l'article 1099, il peut très-bien s'expliquer ainsi : les époux ne peuvent, en principe, se *donner* que la quotité disponible. Un acte, *par cela seul* qu'il se dissimule sous la forme d'un contrat à titre onéreux, ou qu'il contient interposition de

personnes, ne cesse pas d'être une libéralité au profit du conjoint, et n'est pas à l'abri de l'attaque. Malgré le déguisement, le contrat peut être attaqué s'il contient une libéralité excessive ; et *en tant qu'il contient* une libéralité excessive, il est nul.

2355. Une conséquence du deuxième système, c'est que l'acte déguisé ou fait avec interposition de personnes peut être attaqué seulement par les enfants, au profit desquels la loi restreint la quotité disponible entre époux, et non par les autres héritiers du donateur.

2356. Une question qui offre de l'analogie avec celle qui se rattache à l'article 1099 est la question de savoir si une donation déguisée ou faite par interposition de personnes à un individu qui n'est capable que de recevoir jusqu'à concurrence d'une certaine quotité, c'est-à-dire à l'enfant naturel, est nulle pour le tout ou simplement réductible ? (Art. 911, et *supra*, n° 1748.) Elle est simplement réductible par les raisons exposées aux n°s 2350 et suiv.

Plusieurs jurisconsultes, quoique partisans du premier système exposé au n° 2349, admettent cependant la validité des donations déguisées au profit d'un incapable, dans les limites dans lesquelles la loi permet de le gratifier. La loi ne déclare nulles *que les dispositions faites au profit d'un incapable*. C'est ce que dit le texte de l'article 911. Or, dans les limites de la portion qu'il peut recevoir, l'enfant naturel n'est pas *incapable*. De là il résulte que la donation n'est pas nulle pour *le tout*, mais seulement pour ce qui excède la portion que le donateur peut lui donner. (Demolombe, XVIII, n° 679.)

FIN DU TOME DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.



